

Lusíada

Série II, n.º 29 (Janeiro-Junho de 2023)

Revista de Direito
Law Review



CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

LUSÍADA. Direito. Lisboa, 2003

Lusiada. Direito / propr. Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica ; dir. José Duarte Nogueira. - S. 2, n. 1 (2003) - Lisboa : Universidade Lusíada, 2003. - 24 cm. - Anual

Continuação de: Lusiada: revista de ciência e cultura. Série de direito. - Lisboa. - ISSN 0872-2498

Absorve: Lusiada: revista de ciência e cultura. Série de direito. - Porto. - ISSN 1646-1851

ISSN 2182-4118

1. Direito - Periódicos

I - NOGUEIRA José Artur Anes Duarte, 1954 - , dir.

CBC K12.U7

Ficha Técnica

Título	Lusiada. Direito	Série II	N.º29	ISSN 2182-4118
Proprietário	Fundação Minerva – Cultura – Ensino e Investigação Científica Telefone: +351 213 611 500 • E-mail: info@lis.ulusiada.pt • NIPC: 501 679 260			
Sede de redação	Rua da Junqueira, 188-198 – 1349-001 Lisboa (Portugal)			
Diretor	José Duarte Nogueira (Universidade Lusíada - CUL - Lisboa - FD Portugal)			
Subdiretor	José A.R.L. González (Universidade Lusíada - CUL - Lisboa - FD Portugal)			
Conselho científico	António dos Santos Justo (Universidade de Coimbra; Universidade Lusíada - CUL - Norte - FD Portugal); Cláudio Cintra Brandão (PUC Minas Gerais-Belo Horizonte Brasil); Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto (Universidade de Lisboa - FD Portugal); Luís Barbosa Rodrigues (Universidade Lusíada - CUL - Lisboa - FD Portugal); Luís Bigotte Chorão (Centro de Estudos Interdisciplinares da Universidade de Coimbra - CEIS20 Portugal); Manuel Lopes Porto (Universidade de Coimbra; Universidade Lusíada - CUL - Norte - FD Portugal); Manuel Monteiro (Universidade Lusíada - CUL - Lisboa - FD Portugal); Margarida Salema d'Oliveira Martins (Universidade Lusíada - CUL - Lisboa - FD Portugal); Mortimer Sellers (University of Baltimore, University System of Maryland Estados Unidos da América); Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela Espanha)			
Periodicidade	Semestral	Depósito Legal	192249/01	
Página web	http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl	DOI	https://doi.org/10.34628/78yq-aa04	
Indexação	EBSCO • Google Scholar • Latindex (diretório)			
Apoio	Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto «UIDB/04053/2020».			
Editora e distribuidora	Universidade Lusíada Editora Rua da Junqueira, 188-198 – 1349-001 Lisboa • Telefone: +351 213 611 560 URL: http://editora.ulusiada.pt • E-mail: editora@lis.ulusiada.pt			
Capa	Ana Laranjeira	Paginação	João Paulo Fidalgo	
Impressão e acabamentos				
Tiragem	100			
Permutas	Casa do Conhecimento da Universidade Lusíada Rua da Junqueira, 188-198 – 1349-001 Lisboa • Telefone: +351 213 611 560 URL: http://editora.ulusiada.pt • E-mail: editora@lis.ulusiada.pt			

© 2023, Fundação Minerva – Cultura – Ensino e Investigação Científica | Universidade Lusíada

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por qualquer processo eletrónico, mecânico ou fotográfico incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia da Editora.

Os textos que constituem esta obra seguem, por decisão dos respetivos autores, a antiga ou a atual grafia.

O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vincula a Universidade Lusíada.



REPÚBLICA PORTUGUESA

CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto «UIDB/04053/2020».

SUMÁRIO

N.º 29 (1.º semestre de 2023)

I DOCTRINA

A liberdade e os seus limites. Entre o pensamento moderno e o direito
Freedom and its limits. Between modern thought and law
Agata Amato Mangiameli 7

***Iuris Civilis Principia* (Direitos romano e português)**
Iuris Civilis Principia (Roman and portuguese law)
António Santos Justo 21

Precaução, prevenção, correção prioritariamente na fonte e poluidor-pagador: princípios brasileiros da responsabilidade ambiental
Precaution, prevention, priority rectification at source and polluter should pay: fundamental principles of environmental liability
Cristina de Aragão Seia 43

Os desafios na interpretação e aplicação do Direito Penal brasileiro atual
Challenges in interpretation and application of current brazilian criminal law
Luciano Anderson de Sousa / Tarsila Fonseca Tojal 83

II CONFERÊNCIAS, COLÓQUIOS E CONGRESSOS

A)
Power, alienation and human rights
Poder, alienação e Direitos Humanos

Presentation
Apresentação
Margarida d'Oliveira Martins 107

The role of democracy in turbulent times <i>O papel da democracia em tempos turbulentos</i> Margarida d'Oliveira Martins	109
Artificial intelligence in the criminal court: the recidivism algorithm <i>Inteligência artificial no Tribunal Penal: o algoritmo da continuidade criminosa</i> Augusto Meireis	133
The plural system of CA's (Criminal Associations) repression in Portugal <i>O sistema plural de repressão das associações criminosas em Portugal</i> José Daniel Tavares	139
The european green deal and gender equality <i>O acordo verde europeu e a igualdade de género</i> Cristina Aragão Seia	153
Corruption and confiscation <i>Corrupção e confisco</i> Fernando Torrão	157
ECHR last decade case law on discrimination of woman <i>Jurisprudência da última década sobre discriminação de género no TEDH</i> Rui Marrana	163

I
DOCTRINA

A LIBERDADE E OS SEUS LIMITES. ENTRE O PENSAMENTO MODERNO E O DIREITO¹

*FREEDOM AND ITS LIMITS.
BETWEEN MODERN THOUGHT AND LAW*

Agata Amato Mangiameli²

DOI: <https://doi.org/10.34628/ywz1-mj88>

Resumo: Apesar das grandes conquistas da modernidade, apesar do seu evidente esforço para colocar o indivíduo no centro e o mundo na periferia, o discurso jurídico nasceu e desenvolveu-se sob o signo do individualismo possessivo. A liberdade de cada indivíduo só pode ser legitimamente limitada pelas obrigações e através das formas necessárias para assegurar a mesma liberdade aos outros. A sociedade consiste numa série de relações mercantis e, mais particularmente, é uma invenção do homem para a tutela da liberdade individual da sua pessoa e dos seus bens e, por conseguinte, para a manutenção das relações de troca disciplinadas entre indivíduos, considerados proprietários de si próprios. Ambas as reivindicações da era moderna - o direito é apenas o direito privado/ o direito é apenas o direito público - não permitem dar conta das infinitas nuances de que se compõe a juridicidade. Por esta razão, a hodierna justificação da obrigatoriedade das normas deve ser capaz de integrar as realizações fundamentais do mundo moderno com os princípios essenciais da vida civil - como, por exemplo, a solidariedade - que a própria modernidade colocou entre parênteses e renegou.

Palavras-chave: Modernidade; Liberdade; Individualismo possessivo; Direito; Direitos; Solidariedade.

Abstract: Despite the great achievements of Modernity, despite its evident efforts to set the individual in the centre and the world in the periphery, the discus-

¹ Tradução de Sílvia Anjos Alves (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

² Professore Ordinario de Filosofia do Direito, Informática Jurídica e Biodireito. Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

sion on law was born and developed under the sign of possessive individualism. The freedom of each individual can be legitimately limited only by the obligations and forms that are necessary to ensure the same freedom for others. The society consists of a series of mercantile relationships and more specifically it is an invention of man for the protection of the individual freedom of his own person and property and, therefore, for the maintenance of disciplined exchange relationships between individuals, considered as owners of themselves. Both claims of Modern Era – private law is the only law/public law is the only law – cannot explain the infinite juridical nuances. As a result, today justification of law’s obligatory has to be able to integrate the fundamental achievements of the modern world with the essential principles of civil life – such as solidarity, for instance – which Modernity itself has often shunned or denied.

Keywords: Modernity; Freedom; Possessive individualism; Right; Rights; Solidarity.

Sumário: I - Uma imensa reorganização da cultura é operada no mundo moderno. II - O Estado moderno é, simultaneamente, ordenamento, comunidade, organização. III - Uma assinalável reelaboração jurídica é realizada precisamente no mundo moderno. IV - Modernos ou anti modernos? V - A minha posse exclui a tua.... VI - Porquê ultramodernos?

I

Uma imensa reorganização da cultura é operada no mundo moderno

Uma imensa reorganização da cultura é operada no mundo moderno, reescrevendo a relação eu-mundo, o elo razão-experiência, a conexão linguagem natural-lingua universal. A seu modo, esta imensa reorganização constitui o próprio pressuposto das transformações tecnológicas contemporâneas do conhecimento, bem como das atuais chamadas de atenção para novos anseios e novos direitos.

Entre os principais traços deste fenómeno merecem ser salientados: a *invenção* da mente, uma vez “nada pode ser percebido por mim com maior facilidade e evidência do que a minha própria mente”³; a atração da harmonia do pensamento com o pensamento⁴ ou o apelo da matemática, um conhecimento claro e determinado, mais adequado que outros⁵, indispensável mesmo para as ciências morais e

³ É o que lemos em DESCARTES, no final da segunda meditação (*Meditazioni metafisiche*, trad. it., Roma-Bari 2011).

⁴ Aqui, de acordo com William HAMILTON, reside a diferença entre a matemática e a filosofia. A primeira é uma ciência de *imagens*, a segunda “predominantemente ocupada com *realidades*, é a ciência da existência real e não de uma existência meramente imaginada” e, assim, procura a “harmonia entre o pensamento e a existência” (*Discussions on Philosophy and Literature, Education and University Reform*, London 1852, p. 272 e ss.).

⁵ G.W. LEIBNIZ, *Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee*, trad. it. in G.W. L., *Scritti di logica*,

políticas⁶; o interesse pelo método e pelas regras lógicas, isto é, o interesse por tudo o que permite ao intelecto ascender das representações imperfeitas dos sentidos e da variedade das experiências individuais à percepção das verdades gerais. Por exemplo, o interesse pela álgebra da lógica, que ensina como a linguagem e o número servem como instrumento e auxílio aos processos do raciocínio, o que revela a conexão entre os diferentes poderes do nosso intelecto, e que finalmente evidencia, nos dois domínios do conhecimento demonstrativo e do provável, “os modelos essenciais da verdade e da correção: modelos que não derivam do exterior, mas estão profundamente enraizados na constituição das faculdades do homem”⁷.

Estes traços do mundo moderno encontram-se bem sintetizados na observação de Rorty: “a mudança cartesiana da mente como razão para a mente como arena interior não foi tanto o triunfo do orgulhoso sujeito individual, liberto dos vínculos da escolástica, mas o triunfo da busca da certeza sobre a busca da sabedoria. A partir desse momento, o caminho foi aberto para que os filósofos iguallassem o rigor do matemático e do físico matemático, ou para explicar o aparecimento do rigor dessas disciplinas, em vez de ajudar as pessoas a alcançar a paz mental. A ciência, em vez da vida, tornou-se o objeto da filosofia, e a epistemologia tornou-se o seu centro”⁸.

II

O Estado moderno é, simultaneamente, ordenamento, comunidade, organização

A imensa reorganização e a significativa racionalização que o mundo moderno opera marcam profundamente as categorias políticas e os institutos jurídicos, de modo que tudo se lhe deve, para o bem e para o mal.

O Estado moderno⁹ é, simultaneamente, *ordenamento, comunidade, organização*. Por outras palavras: uma máquina racional, eficiente, funcional, em plena sintonia com os imperativos da modernização social, cultural e econó-

Roma-Bari 1992, I, p. 160 e ss.

⁶ Porque, sem a aplicação dos rigorosos métodos do cálculo, em breve chegaríamos ao ponto em que todo o progresso se tornaria impossível, e o caminho das ciências morais e políticas, como o das ciências físicas, se interromperia. Daí uma verdadeira ciência autónoma, precisamente a *Matemática social* de Condorcet: “vemos que nenhum dos nossos interesses individuais lhe é estranho, que não existe nenhum sobre o qual ela não nos dê ideias mais precisas, conhecimentos mais certos” (*Tableau général de la science qui a pour objet l’application du calcul aux sciences politiques et morales*, in *Œuvres*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1968, I, pp. 539-541).

⁷ G. Boole, *Indagine sulle leggi del pensiero su cui sono fondate le teorie matematiche della logica e della probabilità*, trad. it., Torino 1976, p. 11.

⁸ *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it., Milano 1988, pp. 47-48.

⁹ Para outras considerações vd. o meu *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, Torino 2004, *maxime* p. 65 e ss.

mica¹⁰; uma máquina que após um processo longo e estruturado (de construção) exprime: a estrutura impessoal do poder, o monopólio do uso da força, a legitimação, a territorialidade. Constitui uma grande obra de fundação e estruturação, exigida por uma razão “que se dá o seu próprio fundamento” e que naturalmente evita “a contradição de querer o estado de natureza”¹¹. No centro está a separação da sociedade civil¹², que resulta na indiferença do Estado a uma série de comportamentos dos indivíduos e, para os outros, ao invés, na possibilidade de reclamarem o reconhecimento de uma posição subjetiva, em termos de direitos de liberdade. No centro está ainda o abandono na admirável concórdia de algumas reivindicações e muitas controvérsias¹³; o Estado deve, assim, ganhar a lealdade dos cidadãos com base na sua capacidade de refletir e/ou representar opiniões, os direitos e os interesses dos próprios cidadãos¹⁴. A relação direitos-Estado é o resultado de uma realização fundamental, ou seja, a solução simultânea dos problemas da legitimação e da integração social, que o Estado conseguiu oferecer graças à combinação e evolução do aspeto jurídico-político e do aspeto propriamente cultural. Em suma, a soberania e a consciência nacional, apesar dos riscos óbvios e das ambivalências¹⁵ perigosas, desempenham um papel decisivo na afirmação dos direitos.

Para o Estado encontrar novas fontes de legitimação, tendo fracassado o fundamento religioso (cuja fórmula era: *pela graça de Deus*), e ter sucesso em inte-

¹⁰ Daí o sucesso do Estado-nação por comparação com modelos políticos anteriores; vd. M. R. Lepsius, *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen 1990, *maxime* p. 256 e ss.

¹¹ H. Blumenberg, *La legittimità dell'età moderna*, trad. it., Genova 1992, *maxime* p. 232.

¹² Basta lembrar a consequência, segundo HEGEL, da possível confusão: “se o Estado se confunde com a sociedade civil, destinando-o à segurança e à proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais é o objetivo último para que se reúnem, daí resultando que é facultativo ser membro de um Estado” (*Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Roma-Bari 1974, § 258, 239).

¹³ Antes de mais, as controvérsias religiosas. De resto, Bodin e Hobbes “não se posicionaram ao lado do Estado por arrogância, mas por desespero, quando viram que a prepotência dos teólogos e sectários alimentava continuamente a guerra civil. Eles não pensaram em fundar uma nova religião, e muito menos uma religião de secularismo e de positivismo” (C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano 1987, pp. 75-76).

¹⁴ D. Held, *Democrazia e ordine globale*, trad. it., Trieste 1999, pp. 53-54.

¹⁵ A soberania, a seu modo, pode manter internamente a ordem pública e proteger externamente as suas fronteiras; a consciência nacional, a seu modo, une os membros de uma comunidade política e fortalece a sua posição na insociabilidade das diversas consciências nacionais. Trata-se de entender as palavras corretamente e abandonar absolutizações perigosas, como a realizada pela equação (universal e inderrogável) Estado e nação. Daí a necessidade de repensar - como observa MATHIEU - o conceito de nação “após a derrota dos nacionalismos... O que são nações? Que funções legítimas têm na história da civilização? A nação é um conceito essencialmente cultural, por três motivos: 1) é difícil encontrar-lhe outro fundamento; 2) é difícil encontrar uma cultura autêntica que não tenha caráter nacional; 3) é difícil formular a hipótese de uma cultura universal que se afirme contra, e não por meio das culturas nacionais” (*I nazionalismi contro le nazioni*, in V. M., *L'uomo animale ermeneutico*, Torino 2000, p. 239).

grar uma população agora arrancada aos laços sociais de tipo estamental, escreve Habermas, “havia necessidade de uma ideia que produzisse motivações fortes, uma ideia que apelasse aos corações e às mentes das pessoas com mais intensidade do que a ‘soberania popular’ e os ‘direitos humanos’”¹⁶. É a ideia de nação que preenche o vazio: ela permite que o Estado, mesmo na tensão inevitável e permanente entre o particularismo de uma comunidade histórica de destino e o universalismo de uma comunidade jurídica igualitária, se apresente como unidade: ora como *unidade de um povo* com o direito à autodeterminação (soberania externa), ora como *unidade de cidadãos* livres e iguais com o direito à autodeterminação democrática (soberania interna).

O Estado-máquina é gradualmente mais sofisticado, tende a ser ao mesmo tempo *unidade de paz, unidade política na decisão, unidade jurídica de normas*¹⁷.

III

Uma assinalável reelaboração jurídica é realizada precisamente no mundo moderno

Uma assinalável reelaboração jurídica é realizada precisamente no mundo moderno, delineando a nova relação norma-realidade, dever-ser, certeza-justiça. Essa enorme reformulação pressupõe a autonomia do conhecimento, expressa pelo *eu penso*, e a autonomia do agir, como direito de todo o ser racional. É o direito da particularidade do sujeito a ser satisfeito, ou a liberdade subjetiva, a constituir o ponto central da diferença entre a antiguidade e a idade moderna¹⁸, e a conquistar o direito nas suas várias manifestações.

Um aspeto deve ser imediatamente recordado: o racionalismo ocidental é um processo de *desencanto* através do qual cada domínio não pode mais alimentar-se da autoridade óbvia das imagens religiosas do mundo, das tradições éticas, dos modelos de uma outra era¹⁹. Isto é evidente mesmo quando só tratando das três características (positividade, legalidade, formalidade) do sistema jurídico moderno.

Positividade significa, antes de tudo, que o direito é a vontade de um legislador soberano que regula de forma convencional os fenómenos sociais graças

¹⁶ A ênfase atribuída às conquistas do Estado-nação não impede naturalmente que HABERMAS trate do entrelaçamento da ideia de nação e da “vontade maquiavélica de autoafirmação”, e da entrada em jogo de um terceiro conceito de liberdade, precisamente a liberdade *nacional*, que concorre com os dois conceitos individualistas de liberdade, ou seja, com a liberdade privada dos membros da sociedade e com a autonomia política dos membros do Estado (*L'inclusione dell'altro*, trad. it., Milano 2002, maxime p. 125 e ss.).

¹⁷ A este respeito, veja-se o estudo de E. W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978.

¹⁸ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 124, 130.

¹⁹ Apresenta-se óbvia a remissão para M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Milano 1991. Sobre este ponto ver, em particular, J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, I, *Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, trad. it., Bologna 1986, p. 244 e ss.

a instrumentos organizacionais de tipo jurídico e, portanto, não pode ser “aperfeiçoado pela interpretação de tradições reconhecidas e consagradas”. *Legalidade* significa, acima de tudo, que o direito não imputa a pessoas jurídicas razão ética alguma fora de uma observância geral da lei, não sendo, portanto, sancionados “maus sentimentos, mas ações desviantes das normas”. *Formalidade* significa, em primeiro lugar, que o direito define âmbitos “do arbítrio legítimo de pessoas privadas”. Pressupondo o livre arbítrio das pessoas, a relação de direito privado pode ser regulada negativamente e segundo uma lógica de bilateralidade, isto é, pela limitação das autorizações reconhecidas em princípio, e não através de uma regulamentação positiva de obrigações concretas e imperativos materiais. Resumindo: “neste domínio, tudo o que não é legalmente proibido é permitido”²⁰.

Com a positivização, legalização e formalização do direito, salienta-se a necessidade de regras estabelecidas, acordadas, emitidas e interpretadas de forma racional, para que a ordem jurídica, como produto humano, seja acessível ao conhecimento e ao controlo racionais. Apesar da distância entre especialistas e leigos²¹, a validade racional, em vez da validade consensual tradicional, torna possível reduzir a probabilidade de o direito – estatuído e cientificamente sistematizado – ser utilizado arbitrariamente e de o significado das normas e dos procedimentos permanecer fundamentalmente obscuro, de modo a ser possível “pelo menos em princípio, ‘contar’ com elas, ‘calcular’ os seus efeitos, orientar a ação de acordo com expectativas precisas, por elas criadas”²². E a específica nota racional do direito moderno²³ está já nos seus três atributos intrínsecos: unidade, generalidade, estabilidade. A *unidade sistemática* implica que existe um critério para determinar a pertença das partes ao todo, bem como um princípio hierárquico unificador, pelo qual é possível voltar dos graus mais baixos (os atos executivos) para os mais altos (os atos produtivos)²⁴; implica também que as regras que compõem o sistema jurídico se encontram numa relação de coerência lógica entre si, ou seja, o sistema não tolera normas incompatíveis (antinómicas), reclamando

²⁰ *Ivi*, 364 ss.

²¹ Escreve Max WEBER: “O progresso da diferenciação e da racionalização social significa ... quanto ao seu resultado, senão absolutamente sempre, pelo menos normalmente, uma distância cada vez maior daqueles que estão praticamente imersos nas técnicas e ordenamentos racionais – que para eles permanecem globalmente ocultos, como ao ‘selvagem’ permanece oculto o sentido dos procedimentos mágicos de seu feiticeiro” (*Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it., Torino 1974, p. 301).

²² *Ivi*, p. 302.

²³ Outras considerações no meu *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, cit., *maxime* p. 107 e ss.

²⁴ No *Stufenbau* kelseniano, a unidade “é produzida pelo nexos resultante do facto de que a validade de uma norma, produzida em conformidade com outra norma, repousa sobre esta, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra: um processo regressivo que termina na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental, hipotética no sentido que acabamos de precisar, é, portanto, o fundamento supremo de validade, no qual se funda a unidade deste nexos de produção (*Erzeugungszusammenhang*)” (*La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966, p. 252).

assim, ao mesmo tempo, a exigência de simplicidade, clareza e certeza²⁵. A *generalidade/abstração* exige, então, que as regras sejam dirigidas a uma categoria de pessoas (precisamente, as normas gerais) e/ou regulem uma categoria de ações (as chamadas normas abstratas). A razão é simples: a generalidade e a abstração das regras são garantia de igualdade (a lei é igual para todos) e de certeza (os efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um determinado comportamento encontram-se determinados). E igualdade e certeza são os fins para os quais deve tender o direito moderno²⁶. Finalmente, a *estabilidade* constitui o outro requisito essencial do direito. Leis compreensivelmente claras na sua linguagem e racionalmente justificadas pela imparcialidade, pela objetividade e pela certeza estão, em princípio, destinadas a perdurar no tempo. E a mesma duração é, por sua vez, uma garantia de certeza, se por esta se entende - como parece - a possibilidade de conhecer a norma que regula uma ação-tipo e de conhecer antecipadamente as consequências da ação concreta.

Tanto as características (positividade, legalidade, formalidade) como os atributos intrínsecos (unidade, generalidade, estabilidade), que contribuem para fazer do direito a expressão da racionalidade moderna, são basicamente coerentes com aquela raiz individualista em que “se fundam os ordenamentos e toda a civilização da modernidade ... e da qual provêm o estabelecimento dos direitos individuais como primeiro princípio da experiência social e a justificação do Estado com base na sua garantia”²⁷. Como é comumente assinalado, nos tempos modernos, a componente de submissão pessoal está a diminuir gradualmente - não obedecemos uns aos outros, mas todos obedecemos à lei²⁸ - e isso deve-se em

²⁵ Segundo o ideal tipicamente iluminista. Escrevia Montesquieu: “aqueles que são dotados de um génio tão vasto para poder dar leis à sua ou a outra nação devem observar alguns cuidados na forma de formulá-las. O estilo deve ser conciso ... simples ... não precisa recorrer a expressões vagas ... Quando, numa lei, as exceções, limitações, modificações não são necessárias, é preferível não as utilizar. Semelhantes detalhes geram novos detalhes” (*Lo spirito delle leggi*, lib. XXIX, cap. 16, trad. it., Milano 1996, p. 939 e ss.).

²⁶ Na *Teoria della norma giuridica* (Torino 1958, sp. 233) observava BOBBIO a tal respeito: “Acreditamos que as considerações de generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica têm uma origem ideológica e não lógica, ou seja, acreditamos que por trás dessa teoria há um juízo de valor deste tipo: ‘é bom (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas’. Por outras palavras, pensamos que a generalidade e a abstração são requisitos não da norma jurídica como ela é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, para o qual todos os homens são iguais, todas as ações são corretas; ou seja, são requisitos não tanto da norma jurídica (da norma válida em um determinado sistema), mas da norma justa”.

²⁷ Nesse sentido U. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in P. Barcellona - A. Carrino (a cura di), *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, II, *I diritti umani nella costruzione del nuovo ordine mondiale*, Napoli 2003, p. 10.

²⁸ Segundo H. HELLER: “o homem moderno, ao contrário do homem medieval, considera mais digno submeter-se ao poder inflexível da lei impessoal do que à autoridade de uma pessoa. O ideal de objetividade aparece para nós, hoje, como o princípio estrutural do direito; acreditamos que somos

grande parte às ideias de que o indivíduo pré-existe ao Estado²⁹, que o indivíduo é titular de direitos subjetivos³⁰, que as leis positivas são os meios para garantir a proteção dos direitos, uma vez que a ordem jurídica é um sistema de categorias lógicas em si mesmo coerente e completo³¹.

Assistimos, assim, a uma espécie de *subjectivisation du droit*³²: o direito moderno, devedor tanto da teoria do direito natural como do movimento iluminista, toma como ponto de partida para as suas definições - como qualquer outro domínio - a centralidade do sujeito³³: é - para o dizer como Hofmann - *o eu no centro e o mundo na periferia*, e àquele eu não resta mais do que recorrer a si próprio, “à sua própria ‘natureza’, ao seu carácter, às suas necessidades, interesses, capacidades e ideias, à sua própria razão”³⁴.

livres se estivermos subordinados a uma lei que desdenha todo ato arbitrário ou qualquer resistência da nossa parte” (*La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano 1987, p. 75).

²⁹ É, portanto, um artifício, produzido ora por um pacto (*subiectionis* ou *dominationis*), ora por um contrato (social) e, nos nossos dias - isto é, na versão contemporânea do contratualismo - por um *unanimous agreement* (das partes que estão na mesma situação e que “*have no basis for bargaining*”: assim, J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano 1986, pp. 127-128).

³⁰ Contudo, mesmo as agremiações humanas, reconstruídas como *sujeitos* (coletivos), dispõem de direitos, e a teoria da *volonté générale* mostra-o amplamente: “em vez da pessoa isolada de cada parte contratante, (o) ato de associação produz imediatamente um corpo moral e coletivo composto por tantos membros quantos os votos da assembleia; deste mesmo ato tal corpo moral recebe a sua unidade, o seu *eu* comum, a sua vida e a sua vontade” (Rousseau, *Il contratto sociale*, I, VI, trad. it., Torino 1966, pp. 24-25).

³¹ Um sistema no qual a dogmática jurídica desempenha um papel essencial. A partir da reconstrução de LUHMANN, pode dizer-se que, onde ambos os elementos (a regra e o facto) da “relação” de aplicação do direito são contingentes”, a dogmática limita o “caráter opcional das variações”. Se o caso é um *caso*: pode apresentar-se (desta forma ou de outra) ou não, se as normas jurídicas “podem ser ‘interpretadas’ desta ou de outra forma (ou ainda podem ser instituídas desta ou de outra forma)”, então, “mediante a dogmatização do material jurídico - e isto significa antes de tudo mediante a sua elaboração conceptual e classificatória - consegue-se que, ao voltar o olhar ora para as normas, ora para os factos ... não se fica sem orientação, mas sabe-se que se está vinculado ao sistema jurídico e não se vai tão longe a ponto de se sair do sistema jurídico (*Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna 1978, *maxime* pp. 48-49).

³² Retomo a expressão de L. Ferry - A. Renaut (*Philosophie politique*, III, *Des droits de l’homme à l’idée républicaine*, Paris 1985). Cfr. as considerações de J. Chevallier, *L’État post-moderne*, Paris 2003, p. 92.

³³ Importantes são as páginas de H. Blumenberg, *La legittimità dell’età moderna*, cit., *passim*.

³⁴ Adverte H. Hofmann: “Portanto, a velha expressão ‘direitos naturais’ não significa agora o direito da natureza em sentido amplo. O *pathos* do direito natural extraído da religião da natureza na cena noturna, no *Rütli* do Guilherme Tell ... de Schiller ... é apenas uma reminiscência poética. O que ainda é tratado filosoficamente é apenas o direito da natureza humana e, em particular, da razão humana. ‘Direito racional’ é, portanto, a melhor designação para a filosofia do direito dos séculos XVII e XVIII entre Grócio e Kant” (*Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, trad. it., Roma-Bari 2003, p. 157 e ss.).

IV Modernos ou anti modernos?

Modernos ou anti-modernos? Eis quanto basta para ser moderno: autonomia do saber e autonomia do agir geram os termos normalmente invocados pela teoria da cidadania - liberdade, direitos, igualdade, equidade, bem-estar, etc.

Contudo, há tanto para ser anti-moderno. Apesar das grandes invenções do mundo moderno, apesar do *eu no centro e o mundo na periferia*, o desenvolvimento e a justificação do direito foram pensados sob o signo do individualismo possessivo³⁵. Isto significou que a riqueza, o poder, o prestígio, os chamados bens exclusivos, foram considerados como os únicos verdadeiros bens, comprimindo o plano pessoal e aumentando, no plano interpessoal, o conflito e a exclusão³⁶.

O aspeto 'possessivo' é encontrado numa conceção do indivíduo entendido essencialmente como proprietário da sua própria pessoa e das suas próprias capacidades. Se ele não pode alienar totalmente a propriedade da sua própria pessoa, pode, todavia, alienar a sua própria capacidade laboral. E só assim não depende da vontade dos outros, ou seja, ele está livre de qualquer relação com os outros, exceto aquelas que o indivíduo assume na perspetiva do seu próprio interesse. Assim, a liberdade de cada indivíduo só pode ser legitimamente limitada pelas obrigações e pelas formas necessárias para assegurar a mesma liberdade aos outros e, por outro lado, nada deve à sociedade. Esta consiste numa série de relações mercantis e, mais exatamente, é uma invenção do homem para a tutela da liberdade individual da sua pessoa e dos seus bens e, por conseguinte, para a manutenção de relações de troca disciplinadas entre os indivíduos, considerados proprietários de si mesmos³⁷.

Muitos são os traços do individualismo possessivo, mesmo na presença de orientações muito diferentes e para os assuntos mais díspares.

Basta aqui referir a correlação kantiana cidadania-independência. O cida-

³⁵ Daqui a dificuldade, segundo Macpherson, de uma justificação da teoria liberal-democrática (*Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, trad. it., Milano 1973, e *La vita e i tempi della democrazia liberale*, trad. it., Milano 1980).

³⁶ As observações de LOMBARDI VALLAURI são mais do que atuais: "A riqueza, o poder, a notoriedade, o prazer que daí advém são, a nível social ou sistémico, bens exclusivos, ou seja, bens cuja posse ou gozo por um sujeito exclui (ou reduz), por natureza, a posse ou o gozo por parte de outros. A minha propriedade exclui a tua; os bens materiais (*res extensae*) são mutuamente exclusivos no espaço, de modo que o aumento de um equivale à diminuição do outro (carros infinitos = estrada zero, estradas infinitas = paisagem zero, iates infinitos = mar zero). Poder e notoriedade são exclusivos porque são comparativos; é necessário ter mais do que os outros - igual poder = poder zero, notoriedade igual = notoriedade zero - e o aumento generalizado, paritário, de poder ou de notoriedade é um conceito sem sentido" (*Il primato dei beni non esclusivi come chiave dello sviluppo umano pleromatico*, www.inventati.org 2014/04/04).

³⁷ Nesse sentido C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., pp. 297-298.

dão é *homem, senhor de si próprio (sui juris)* e não é um simples trabalhador: ele não pode, portanto, ser criado, empregado de loja, trabalhador à jorna e assim por diante; o cidadão, para o ser, além da propriedade natural (nem criança, nem mulher) deve possuir a propriedade económica “(e nesta pode compreender-se toda a atividade manual, profissional, artística, científica), que lhe fornece os meios para viver; e isto no sentido de que - escreve Kant -, nos casos em que para viver deve adquirir bens de outrem, ele adquire-os apenas mediante alienação do que é seu e não pela concessão que ele faça a outro do uso da sua força”³⁸.

Outro tema, a mesma linguagem: entre os “objetos do arbítrio” deve ser contado não só o direito de “possuir um objeto externo *como uma coisa*”, mas também o de “usá-lo *como uma pessoa*”. O exemplo kantiano é significativo: “a aquisição que se baseia nesta lei é, quanto ao seu objeto, de três tipos: o homem adquire uma *mulher*, o *casal* adquire *filhos* e a *família, criados*. Cada uma dessas aquisições é ao mesmo tempo inalienável, e o direito do adquirente desses objetos é o mais pessoal de todos os direitos”. E Kant continua assim: “que este direito *pessoal* seja ao mesmo tempo um direito de *natureza real* funda-se no facto de que, se um dos cônjuges fugiu ou se é abandonado à posse de outra pessoa, o outro está autorizado a todo o tempo e incontestavelmente a trazê-lo de volta ao seu poder como se tratasse de uma coisa”³⁹.

V

A minha posse exclui a tua....

A minha posse exclui a tua, a minha propriedade exclui a tua, os meus desejos por bens exclusivos ocupam todos os espaços e, em qualquer caso, eles devem prevalecer sobre qualquer outro desejo, interesse, direito ou bem.

Mesmo as duas reivindicações modernas, entre si obviamente contraditórias – *o direito é apenas o direito privado/ o direito é apenas o direito público* – recorrem à orientação individualista-possessiva e mostram toda a sua fragilidade, especialmente em relação à atual dialética cidadão-estrangeiro (emigrante, refugiado).

Na realidade, o fenómeno jurídico⁴⁰ não se vai exaurir na dimensão horizontal (de igualdade) das relações de direito privado, nem na dimensão vertical (de supremacia/subordinação) das relações de direito público. E isso é claramente demonstrado por um termo, cuja fortuna provavelmente deriva do pensamento filosófico, político, religioso e sociológico, mas que certamente é um conceito jurídico e *tem* um sentido jurídico. Trata-se da *solidariedade*: pensamos na solida-

³⁸ Sobre o dito comum “isso pode ser certo em teoria, mas não se aplica à prática”, trad. it., in I. K., *La pace, la ragione e la storia*, Bologna 1985, pp. 79-80.

³⁹ *La metafisica dei costumi*, trad. it., Roma-Bari 1983, §§ 22-23-25, p. 94 e ss.

⁴⁰ Este é um fenómeno complexo e original, como mostram as páginas de F. D’Agostino, *Parole di giustizia* (Torino 2006) e *Corso breve di filosofia del diritto* (Torino 2011).

riedade ativa ou passiva, no caso de múltiplos credores ou devedores da mesma obrigação, pensamos na solidariedade subjacente ao conceito de responsabilidade objetiva, pensamos ainda nos sistemas de solidariedade que, juntamente com a igualdade, constituem o fundamento da segurança social, pensamos também na solidariedade nacional, faceta essencial da cidadania política (e também da cidadania social⁴¹), bem como na solidariedade civil (com base no voluntariado e gerida por organizações sem fins lucrativos) e, por último, mas não menos importante, na solidariedade familiar.

Todas estas formas de solidariedade⁴², que no sistema jurídico se influenciam mutuamente e que, de certa forma, se pressupõem mutuamente (por exemplo, nenhum sistema de segurança social poderia resistir por muito tempo em caso de desaparecimento da solidariedade familiar) têm em comum o facto de não se deixarem dissolver num puro cálculo de interesses e de serem efetivamente fatores de resistência às leis do mercado e da concorrência económica⁴³, porque operam com referência a um interesse político que transcende os elementos económicos da sociedade.

A noção de solidariedade é também o pressuposto do Estado social. Neste, de facto, além das suas diferentes versões e fórmulas políticas, é geralmente projetado um direito que é o *medium* através do qual as necessidades sócio-antropológicas podem estruturar-se historicamente e encontrar resposta. Em suma: o direito social como técnica de humanização que responde à exigência de inclusão concreta, uma exigência que se torna ainda mais premente face aos desenvolvimentos contemporâneos da sociedade da informação e da globalização.

⁴¹ A cidadania social, distinta da cidadania política, assenta em três pilares: a segurança social, os serviços públicos e as liberdades coletivas garantidas pelo direito do trabalho (liberdade sindical, negociação coletiva e direito à greve). Esta cidadania social, que não se adquire pelo facto do nascimento (*ius sanguinis*) nem pelo facto de se nascer no território do Estado (*ius soli*), reúne todos aqueles que contribuem para a solidariedade nacional através de taxas e contribuições para o gozo dos serviços públicos.

⁴² Sublinha Supiot, “a solidariedade distingue-se tanto dos seguros quanto da caridade. Ao contrário dos seguros privados, que se baseiam no cálculo do risco atuarial (por um método estatístico), um regime de solidariedade baseia-se na pertença a uma comunidade, seja ela nacional, profissional ou familiar. Os membros desta comunidade que são em determinado momento os mais afortunados, ou os menos expostos ao risco, contribuem mais do que os menos afortunados ou os mais expostos, mas todos têm os mesmos direitos. Ao contrário da caridade (ou de seu avatar contemporâneo, o *care*), a solidariedade não divide, portanto, o mundo entre quem dá e quem recebe: todos devem contribuir para o regime de acordo com suas capacidades, e todos têm o direito de se beneficiar dele de acordo com suas necessidades. Expressão da igual dignidade do ser humano, a organização solidária é um freio à extensão da lógica do mercado a todas as atividades humanas. Por isso, há trinta anos é alvo privilegiado das políticas neoliberais (*Au fondement de la citoyenneté, ni assurance ni charité, la solidarité*, in *Le monde diplomatique*, novembre 2014, p. 3).

⁴³ *Ibidem*.

Uma vez mais: a noção de solidariedade é o pressuposto da União Europeia. Pensemos, mas apenas a título de exemplo, a propósito da regulação do trabalho na Europa face a transformações económicas-productivas que alteram a capacidade de proteção social das garantias tradicionais do trabalho 'fordista', no relatório Supiot e nos chamados *direitos de proteção social*⁴⁴. Trata-se de conceder aos trabalhadores períodos de licença do trabalho remunerado para que possam assumir diretamente as atividades sociais que são produtoras de uma sociabilidade melhor, mas que obviamente exigem tempo e energia. Atividades de assistência, formação, estudo, compromissos sociais, atividade de voluntariado, seriam assim reconhecidas e legitimadas pelo direito como bens públicos e, como tal, protegidas, promovendo-se a sua ativação e a sua implementação⁴⁵.

A noção de solidariedade constitui sempre a chave de leitura da integração europeia, dessa integração tão pouco real dadas as suas características: integração negativa, mais que positiva, desconstrução dos direitos sociais nacionais, em vez de construção. "Temos políticas ditas de valorização do capital humano e que se expressam através da *flex security*... A conceção hoje dominante é que devemos adaptar os homens às necessidades do mercado e não adaptar os mercados às necessidades dos homens. Esta conceção desenvolve-se através de uma série de categorias jurídicas que florescem, hoje, nos vários atos criados pela União Europeia, quando se trata de flexibilidade e não de liberdade, quando se trata de *employability* e não de capacidade, quando se trata de capital humano e não de capacidade profissional. Sempre são as coisas, os produtos, no centro do interesse, e não os homens"⁴⁶.

VI Porquê ultramodernos?

Porquê ultramodernos? A justificação atual da obrigatoriedade normativa deve ser capaz de integrar criativamente aquelas dimensões do mundo moderno que devem ser consideradas aquisições irrenunciáveis e aquelas outras que, embora importantes, foram sacrificadas no altar da modernidade. Este esforço crítico torna-se ainda mais valioso se considerarmos as novas formas de dominação, que transcendem as fronteiras nacionais, assumem um carácter opaco e convertem-se em puras formas de manipulação de indivíduos e coletividades, relativamente às quais é, portanto, importante voltar a propor formas institucionais (o Estado, a União Europeia, a Comunidade Internacional) e relações jurí-

⁴⁴ A. Supiot - P. Barbieri (coord.), *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, trad. it., Roma 2003.

⁴⁵ Ainda que as opiniões de: Viking (2007), Laval (2007) e Ruffert (2008) se tenham decididamente afastado dessa orientação.

⁴⁶ Nesse sentido, A. Supiot, *Fermare la decostruzione dell'Europa*, in www.ciss.it.

dicas (entre cidadãos, entre cidadãos europeus, entre estrangeiros) em nome da coexistência pacífica, da integração e da solidariedade.

Trata-se de recuperar a essência do direito e, com ela, o sentido dos Tratados e o significado das cartas fundamentais, especialmente num momento de grande mudança, num momento em que os processos de internacionalização económica determinam um aumento anormal do capital financeiro em detrimento da sua própria utilização no ciclo do trabalho e da solidariedade.

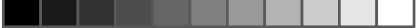
Contra este aumento, a ideia moderna da relação direito-direitos-solidariedade, com os seus desenvolvimentos, deve ser considerada uma importante chave de leitura. A solidariedade como elemento constitucional do ordenamento estatal, europeu e internacional foi afirmada graças à mudança conceptual da propriedade para o trabalho⁴⁷. Os bens em meu poder já não determinam a minha independência, mas minha capacidade de trabalho, desenvolvida num contexto em que a educação, o estudo e a pesquisa se tornam essenciais para o modelo de organização pública e social. O princípio da universalidade de certos direitos (saúde, assistência, educação, etc.) está também ligado à afirmação de que quem trabalha suporta o custo dos direitos de participação, dos direitos económicos e dos direitos sociais. Trabalho e solidariedade compõem assim um sistema de direitos de carácter circular.

Contra o aumento anómalo do capital financeiro, que tende a questionar precisamente os direitos da solidariedade e do trabalho, reduzindo-os à categoria de uma qualquer mercadoria, a ideia contemporânea da relação direito-direitos-solidariedade deve superar a releitura do bem (bens) e, em particular, a afirmação, no que respeita aos bens exclusivos, dos chamados bens inclusivos, que precisamente porque excedem os limites da política e da economia tradicionais, se centram na relação, preferem a espiritualidade à materialidade. “A sua lógica é a gratuidade: são criados livremente, livremente circulam e são fruídos. A divisão é a lógica dos bens exclusivos, em que o reconhecimento do diverso é tanto mais difícil quanto mais se entra em concorrência; a participação, a dos bens inclusivos. A fim de aumentar a probabilidade da paz, são necessários tanto uma distribuição justa dos bens exclusivos quanto um incremento da esfera dos bens inclusivos”⁴⁸.

De resto, se bem entendido, o direito, com sua categoria essencial, a justiça, pertence à ordem dos bens inclusivos.

⁴⁷ A grande propriedade torna-se irrelevante para a organização política do Estado, mas ainda pode desempenhar uma função, se se integra no ciclo do trabalho, ou seja, se atuar como motor do sistema de solidariedade. Como afirma a Constituição de Weimar, “a propriedade obriga”.

⁴⁸ Nesse sentido, V. Possenti, *Il nuovo principio persona*, Roma 2013, p. 251.



IURIS CIVILIS PRINCIPIA
(DIREITOS ROMANO E PORTUGUÊS)

IURIS CIVILIS PRINCIPIA
(ROMAN AND PORTUGUESE LAW)

Continuação¹

António dos Santos Justo²

DOI: <https://doi.org/10.34628/182j-qq40>

V

“ADOPTIO NATURAM IMITATUR”

Resumo: Direito romano: a adoção, que está presente nos povos da Antiguidade, foi, em Roma, utilizada para diversos fins, com destaque para assegurar a permanência da família sem filhos naturais e, em consequência, dar continuidade ao culto dos deuses domésticos (*Manes*). Relativamente ao formalismo que revestia, observamos várias fases no seu *iter* evolutivo. Na primeira, que coincide com a época arcaica, os jurisconsultos criaram um expediente complexo a partir da interpretação do preceito da Lei das XII Tábuas segundo o qual “*se o pater vender três vezes o filho, seja (este) livre do pater*”. Posteriormente, na época clássica, o processo da adoção foi-se simplificando, delineando-se a categoria geral de *adoptio* com recurso a formas públicas que a iam desligando dos antigos mecanismos privatísticos. E, na época justinianeia, com o desaparecimento do processo das *legis actiones* e a simplificação do novo processo, a adoção tornou-se um ato constituído por declarações das partes perante o ma-

¹ Este estudo continua o que foi publicado na Revista Lusíada. Direito, nºs. 23/24 (2020) e 25/26 (2021).

² Prof. Catedrático Jubilado da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada - Norte

gistrado (*per tabulas*) a que o adotado devia aderir. Ainda nesta época, impôs-se o princípio *adoptio naturam imitatur*, na base do qual encontramos uma ficção dogmática que evita o incômodo de repetições fastidiosas e facilita o entendimento do seu regime jurídico. Este princípio explica a recusa da adoção a quem se encontrasse fisiologicamente impossibilitado de procriar. Proíbe-se também a adoção de filhos de concubina (ditos *naturales*). Finalmente, distinguem-se duas modalidades de adoção: a *adoptio plena* e a *adoptio minus plena*.

Direito português: depois da queda do Império Romano do Ocidente, a adoção manteve-se nos ordenamentos jurídicos dos povos germânicos invasores para assegurar ao adotante a continuidade da sua família e do culto doméstico e permitir a sucessão num cargo ou dignidade pública. Já no território que se tornou português, adoção manteve-se, mas caiu em progressivo desuso com o fortalecimento dos laços familiares do sangue que se observa especialmente depois dos séculos XV e XVI. Mais tarde, no século XVIII, continuou a ser olhada com pouca simpatia e muita desconfiança, fosse pelo caráter artificial do vínculo, fosse pelas fraudes (no foro do direito fiscal e na área das relações familiares) a que o instituto se prestava. Ainda neste século, os juristas portugueses consideraram a adoção abolida por contrariar a Lei da Boa Razão. Por isso, era natural que o Código Civil de 1867 a omitisse. Depois, com o fim da guerra de 1914-1918 e a crise económica de 1928, a adoção foi reconhecida como uma das melhores armas de combate dos Estados contra a carência moral e afetiva em que as crianças abandonadas se encontravam. O atual Código Civil restaurou o instituto da adoção, consagrando as duas modalidades já previstas no direito romano: a adoção restrita e a adoção plena. Em 1977, assistimos a uma reforma profunda da adoção que alterou significativamente a distinção entre a adoção plena e a adoção restrita. O adotado foi, na adoção plena, considerado para todos os efeitos (sucessão legítima, sucessão legitimária, prestação de alimentos, impedimentos matrimoniais, etc.), como familiar dos parentes do adotante. A evolução não se deteve e, em 2015, assistimos a uma nova reforma que revogou a adoção restrita. Outras alterações surgiram, inspiradas no interesse de proteger as crianças elevadas, pela adoção, à condição jurídica de filhas dos adotantes com os direitos e obrigações correspondentes. O velho princípio *adoptio naturam imitatur* continua a aplicar-se e, na sua base, encontramos a mesma ficção dogmática do direito romano.

Palavras-chave: Adoção (*adoptio*); Adoção plena; Adoção restrita; Direito romano; Direito português; Proteção das crianças.

Abstract: Roman law » in Rome, adoption was used for various purposes and its *iter evolutivo* passed through several phases. In the era of Justinian, the *adoptio naturam imitatur* principle was imposed, based on a legal fiction that avoids the inconvenience of tedious repetitions and facilitates the understanding of its legal regime. This principle explains the refusal of adoption to anyone who is physiologically unable to procreate. It also forbids the adoption of children of a concubine (termed *naturales*).

Portuguese law » after the fall of the Western Roman Empire, adoption, which remained in the legal systems of the invading Germanic peoples, did not arouse much sympathy and fell into progressive disuse with the strengthening of family blood ties, observed especially after the 15th and 16th centuries. Later, in the 18th century, it continued to be regarded with little sympathy

and much suspicion. With the end of the 1914-1918 war and the economic crisis of 1928, adoption was recognised as one of the best weapons available to States for combating the moral and emotional deprivation afflicting abandoned children found. The current Civil Code restored the institution of adoption, incorporating the two forms already foreshadowed in Roman law: restricted and full adoption. 1977 saw a thorough reform, prioritising the interest of protecting children elevated to the legal status of children of the adopters, with its corresponding rights and obligations. The old *adoptio naturam imitatur* principle still applies, and at its basis we find the same legal fiction as in Roman law.

Keywords: Adoption (*adoptio*); Full adoption; Restricted adoption; Roman law; Portuguese law; Child protection.

Sumário: V “*Adoptio naturam imitatur*”: 1. Direito romano; 2. Direito português; VI *Errantis nulla voluntas est*”: 1. Direito romano; 2. Direito português.

Este princípio segundo o qual a *adoção imita a natureza* cumpriu, no direito romano e continua a cumprir no direito português uma função importante pela simplicidade com que permite compreender imediatamente a posição do adotado na família do adotante. Importa, por isso, analisar o instituto da adoção (*adoptio*) romana para melhor compreendermos o seu alcance no nosso atual direito civil.

Trata-se duma figura jurídica a que os povos da Antiguidade³ recorriam com muita frequência com vista à obtenção de fins jurídicos diversificados. Em Roma, destacamos a utilização da *adoptio* para: assegurar a permanência da família sem filhos naturais e, em consequência, dar continuidade ao culto dos deuses domésticos (*Manes*); preservar o património familiar; alargar o número de elementos da família; modificar a ordem dos possíveis sucessores; eludir limitações e exclusões consagradas nas leis demográficas; destruir (*rumpere*) um testamento; e até para os Imperadores designarem os seus sucessores na dignidade imperial⁴.

Relativamente ao direito romano – de que naturalmente nos ocuparemos –, a adoção tem sido vista como o ato jurídico (*datio in adoptionem*) por virtude do qual um *alieni iuris* estrangeiro ingressa na família do adotante com o *status* de filho, filha, neto, neta, bisneto ou bisneta⁵, ficando sujeito à *patria*

³ Basta referir que, no Egito, a filha do Faraó adotou Moisés e, entre os Hebreus, Maroqueu adotou Ester. Está também prevista no Código de Hamurabi e também foi praticada na Grécia e em Roma.

⁴ Assim sucedeu com Otávio que foi adotado por Júlio César; com Tibério, adotado por Augusto; com Adriano, adotado por Trajano; etc.

⁵ Cf. GAIO 1,99; I. 1,11,7; D. 1,7,6; -1,7,11; -1,7,43; -1,7,44. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV (direito da família)* em *Studia Iuridica* 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 43 e a biografia aí citada.

postestas do novo *paterfamilias* (adotante)⁶. O adotado assume o *nomen*⁷, a tribo⁸ e os *sacra*⁹ do adotante, torna-se agnado¹⁰ dos agnados do adotante¹¹ e, como agnado, integra o grupo dos *sui heredes* do *paterfamilias* adotante¹². Em contrapartida, afastando-se totalmente da sua família originária, perde todos os seus direitos¹³ entre os quais se conta o direito sucessório relativamente ao seu *pater* natural, com uma exceção: se fosse emancipado pelo *paterfamilias* adotante, e uma vez que, com a adoção tinha perdido os seus direitos sucessórios na família originária, o pretor concedia-lhe a *bonorum possessio unde liberi* para acorrer à sucessão do *pater* natural¹⁴.

Relativamente ao formalismo que revestia, e porque se tratava de um ato jurídico de particular importância nas famílias romanas e na própria sociedade romana, compreende-se o engenho da *jurisprudencia* que procurou vencer obstáculos relacionados com a irrenunciabilidade da *patria potestas* – que só cessava com a morte ou incapacidade do *paterfamilias* – e com a sua intransmissibilidade enquanto direito pessoal.

⁶ Por isso, não podendo ser titular da *patria potestas*, a mulher não podia adotar. Cf. GAIO 1,104. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, p. 80.

⁷ Recordamos que, desde a época republicana (que decorre entre os anos 510 e 27 a. C.), as pessoas eram identificadas por *tria nomina*: o *praenomen* que, numa família, distinguiu um indivíduo dos outros; o *nomen*, que assinalava a origem familiar ou gentilícia do indivíduo; e o *cognomen* que aludia a uma circunstância familiar ou a alguma singularidade.

⁸ A tribo consiste numa divisão territorial. Havia tribos urbanas e rústicas. Formavam *comitia tributa* com competências fundamentalmente administrativas e religiosas. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, pp. 1387-1388 para quem, nos finais da República, as tribos funcionavam como “*distritos votantes*” e, como todas as instituições republicanas, a sua importância decaiu no Principado (que vai do ano 27 a.C. ao ano 284).

⁹ Os *sacra* (*familiaria*) são os ritos próprios do culto dos deuses domésticos (*Manes*) da família do adotante. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, pp. 1128-1129.

¹⁰ Agnado é a pessoa que se encontra sujeita ao poder de outra (denominado *pater familias*), independentemente do vínculo de sangue (consanguinidade). A família romana começou por ser uma organização jurídica que congrega uma pluralidade de pessoas sujeitas ao poder de um chefe. Aqueles são os agnados; este, o chefe da família. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 10 e 52. A primeira categoria de agnados (ditos *sui heredes*) ocupavam o primeiro grupo do direito sucessório (sucessão intestada) enquanto os outros integravam o segundo grupo. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)* em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 290-293.

¹¹ Cf. D. 1,7,23.

¹² Vide *supra*, a nota 284. Esta integração era tão perfeita que estava vedado o matrimónio entre o adotante e o adotado, entre o adotado e a mulher (*uxor*) do adotante e entre este e a *uxor* do adotado. Vide A. SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”). *Época clássica*, I, no suplemento XXXII do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1988, p. 564.

¹³ O adotado sofria uma *capitis deminutio* mínima. Todavia, a adoção produz os seus efeitos somente em relação ao adotado: os seus filhos permanecem na família originária.

¹⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV (direito da família)*, cit., p. 44-47.

Tal engenho revela-se na arte sábia com que os jurisconsultos da República criaram um expediente a partir da interpretação do preceito da Lei das XII Tábuas segundo o qual “*se o pater vender três vezes o filho, seja (este) livre do pater*”¹⁵. Este expediente decorria em duas fases: a primeira destinava-se a afastar o adotando da sua família originária; e a segunda, a pô-lo sob a *patria potestas* do adotante.

Por sua vez, a primeira fase passava pelos seguintes momentos: 1º.- o *pater* vendia simbolicamente (*mancipatio*) o *filius* com o *pactum fiduciae* de o adquirente (adotante) fazer cessar a posição (*in mancipio*)¹⁶ em que o filho vendido passou a ficar sujeito; 2º.- o adquirente fazia cessar este poder (*manumissio*) e, em consequência, o filho regressava, *ipso iure*, à *patria potestas* do *pater*; 3º.- o *pater* fazia a segunda venda (*mancipatio*) e, de novo, o filho ficava *in mancipio* do adquirente; 4º.- este voltava a manumitir e o filho voltava à *patria potestas* do *pater*; 5º.- o *pater* fazia a terceira venda; 6º.- o adotante, de novo titular do *mancipium*, vendia o filho ao *pater*, ficando, agora, *in mancipio* e não sujeito à *patria potestas* do *pater*, por já ter sido vendido três vezes¹⁷.

Segue-se a segunda fase que decorria na presença do magistrado – em Roma, o pretor; nas províncias, o governador¹⁸. Utilizando a *in iure cessio* da *legis actio per sacramentum in rem*¹⁹, o adotante afirmava solenemente o seu direito sobre a pessoa a adotar e se o *pater* demandado confessasse ou ficasse em silêncio, o magistrado entregava a pessoa a adotar ao demandante (adotante) que ficava com o estatuto de filho, ou, se fosse o caso, de filha, neto, neta, bisneto ou bisneta²⁰. O adotado não intervinha, mas somente os dois *patresfamilias*: o da família originária e o da família adotiva.

Na época clássica²¹, o processo da adoção foi-se simplificando e delineou-

¹⁵ Lei das XII Tábuas, IV,2: “*Si pater filium ter venum du(uit) filius a patre liber esto*”. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 45, que seguimos de perto.

¹⁶ Trata-se dum poder que o *paterfamilias* tem sobre determinadas pessoas, entre as quais um filho em processo de emancipação e de adoção. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 24-25.

¹⁷ Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 80. Para adotar uma filha ou neto, bastava uma venda (*mancipatio*) paterna. Estamos perante uma interpretação restritiva da norma decenviral que só falava de *filius*. Cf. GAIO 1,132; 1,134 *in fine*.

¹⁸ Cf. GAIO 1,100; ULPIANO, 8,4.

¹⁹ Trata-se duma ação real que se utilizava para diversos fins, como, *v.g.*, reivindicar uma coisa, reclamar uma herança, afirmar ou negar uma servidão sobre coisa alheia, afirmar, perante terceiro, a *patria potestas* sobre filhos, etc. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, 6ª. ed., em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, pp. 292-294; e *Direito privado romano*, III (*direitos reais*), reimpressão, em *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 97-99.

²⁰ Cf. D. 1,7,4; -1,16,3; -1,20,1; PS. II,25,4; C. 8,47(48),1; GAIO 1,134.

²¹ Esta época decorre entre os anos 30 a.C. e 230 e caracteriza-se pela precisão e rigor da ciência jurídica romana (*iurisprudencia*). Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução. Fontes*, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 46-47

-se a categoria geral de *adoptio* só possível através de formas públicas que a iam desligando dos antigos mecanismos privatísticos²².

Na época justinianeia²³, o desaparecimento do processo das *legis actiones* (a que pertence a *legis actio per sacramentum in rem*) e da *mancipatio*²⁴ a par da simplificação do processo, a adoção tornou-se um ato constituído por declarações das partes perante o magistrado (*per tabulas*) a que o adotado devia aderir, bastando a forma passiva *non dissentire*²⁵.

Ainda nesta época, a adoção passou a ser utilizada para suprir a falta de filiação natural, impondo-se o princípio *adoptio naturam imitatur*, como observa-
mos em *Institutiones*:

1,11,4: “*Ordena-se que o menor de idade não possa adotar o maior, pois a adoção imita a natureza e seria monstruoso que fosse maior o filho que o pai. Assim, quem toma um filho por adoção deve excedê-lo numa puberdade completa, isto é, dezoito anos*”²⁶.

Mais: recusa-se a adoção a quem se encontre fisiologicamente impossibilitado de procriar²⁷; e não se permite a adoção a termo²⁸.

Noutra perspetiva, proíbe-se a adoção de filhos de concubina (ditos *naturales*), cuja *ratio* reside na luta contra a instituição do concubinato que deu origem ao instituto da legitimação²⁹; e, para evitar abusos, considera-se que não é lícito adotar quem já foi adotado e posteriormente emancipado³⁰.

Ainda no direito justinianeu, distinguem-se duas modalidades de adoção: 1) a *adoptio plena*, feita por ascendente natural (avô paterno ou materno) que não tem a *patria potestas* sobre o adotado³¹. Esta adoção produz os mesmos efeitos da adoção

²² Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 80.

²³ Esta época decorre entre os anos 530 (início da elaboração do *Corpus Iuris Civilis*) e 565 (data da morte do imperador Justiniano). Vide SEBASTIÃO CRUZ, *ibidem*, p. 51.

²⁴ Trata-se dum negócio jurídico solene que transferia a propriedade das coisas mais importantes (*res Mancipi*). Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., pp. 94-97.

²⁵ Cf. D. 1,7,5; -1,7,24; -1,7,25,1; I. 1,12,8; C. 8,47(48),11.

²⁶ I. 1,11,4: “*Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstruoso est, ut maior sit filius quam pater, debet itaque is, qui sibi per adoptionem filium facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis praecedere*”.

²⁷ É o caso dos castrados, mas não dos impotentes. Cf. I. 1,11,9.

²⁸ Cf. D. 1,7,34.

²⁹ Cf. C. 5,27,6; -5,27,7; N. 74,3.

³⁰ Cf. D. 1,7,37,1.

³¹ Constitui exemplo a adoção de um neto pelo avô paterno, neto que foi concebido depois da emancipação do seu pai. Cf. C. 8,47(48),10; I. 1,11,2.

clássica: o adotado desliga-se totalmente da sua família originária³² para se tornar membro da nova família; 2) a *adoptio minus plena*, feita por um estranho à família do adotado que se mantém na sua família originária e, portanto, sujeito à *potestas* do seu *pater* natural. Tão só goza do direito de sucessão legítima nos bens do adotante se falecer sem testamento e não for deserdado³³. As mulheres podem utilizar esta modalidade de adoção porque não lhe confere a *patria potestas* (que não têm no direito romano)³⁴. Esta faculdade é justificada “*para consolo da perda dos seus filhos*”³⁵.

Delineada a *adoptio* no direito romano, importará questionar se na base do princípio *adoptio naturam imitatur* se encontra alguma ficção e qual a sua natureza. Já tivemos a oportunidade de distinguir a ficção histórica da ficção dogmática: enquanto aquela é um instrumento que, afastando algum obstáculo à aplicação do direito civil, fingindo que existe ou não existe, consoante tal obstáculo não exista e deva existir ou não exista e deva existir, afirmando-se como um expediente *adversus veritatem iuridicam*³⁶, a ficção dogmática é uma operação teórica do pensamento que, utilizando a comparação, expõe clara e brevemente uma instituição jurídica, evitando o incómodo de repetições fastidiosas e nem sempre fáceis³⁷. E, enquanto a ficção histórica cumpre uma função integrante, a ficção dogmática desempenha uma função cognoscitiva: transmite-nos o conhecimento cómodo e breve de instituições jurídicas³⁸. E, enquanto na ficção histórica, a analogia está nos factos que urge disciplinar e justifica um tratamento jurídico semelhante, na ficção dogmática, a analogia está nos efeitos jurídicos de figuras e situações jurídicas perfeitamente estabelecidas e permite um melhor conhecimento da realidade jurídica³⁹.

É, agora, fácil observar que, no princípio *adoptio naturam imitatur* encontramos a ficção dogmática: a que, comparando os efeitos da filiação com os da adoção, permite compreender rapidamente que o adotado é como se fosse filho do adotante⁴⁰. Numa palavra, não é por fingir que o adotado é filho do adotante

³² Por isso, extingue-se o direito sucessório de que era titular na sua família natural. Vide ANA MARÍA ALEMÁN MONTRREAL, *Los derechos sucesorios del hijo adoptado em El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, cit., p. 18.

³³ Cf. C. 8,47(48),10.

³⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”). *Época clássica*, I, no suplemento XXXII do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1988, p. 563.

³⁵ I. 1,11,10: “*Ad solatium liberorum amissorum adoptar possunt*”.

³⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 25-64.

³⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 543-546.

³⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 597-599 e 568.

³⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 600.

⁴⁰ A integração do adotado na família do adotante era tão perfeita, que estava vedado o matrimónio entre o adotado e a mulher (*uxor*) do adotante e entre este e a *uxor* do adotado, o que prova a plena equiparação do adotado aos descendentes do adotante. Vide A. SANTOS JUSTO,

que o direito romano o trata como filho; mas é pelo facto de o tratar assim, que a doutrina o equiparou a filho⁴¹.

2. Direito português

Embora a adoção tenha sido um instituto com profundas raízes históricas, largamente utilizado entre os romanos e nos povos germânicos pelos motivos já referidos – destacamos, assegurar ao adotante a continuidade da sua família e do culto doméstico e facultar ao adotando a condição jurídica de cidadão romano e permitir a sucessão num cargo ou dignidade pública⁴² –, com o fortalecimento dos laços familiares do sangue, que se observa especialmente depois dos séculos XV e XVI, a adoção caiu em progressivo desuso⁴³. E apesar de o Código de Napoleão a ter mantido, quiçá “*mais por intervenção pessoal de Napoleão do que por exigência social dos tempos, a adoção continuou a ser olhada sem grande simpatia e com muita desconfiança, fosse pelo carácter artificial do vínculo, fosse pelas fraudes (no foro do direito fiscal e na área das relações familiares)*”

ibidem, p. 564.

⁴¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 568.

⁴² Além do que referimos na primeira parte (direito romano), vide também ANTUNES VARELA, *Direito da família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987, p. 96; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A adoção na história do direito português*, separata da Revista Portuguesa de História, XII, Coimbra, 1965, pp. 9-18, que nos fala da adoção no direito romano. Relativamente ao direito visigodo, destaca a presença do instituto da *perfiliatio* que “*constitui uma figura jurídica que apresenta, de facto, grandes afinidades com a adoptio romana*”, mas observa que subsiste uma profunda diferença entre os dois institutos. Enquanto a adoção romana (excluindo a *adoptio minus plena* da época justinianeia) “*sempre teve o alcance de integrar o adotado na família do adotante, conferindo-lhe todos os direitos e obrigações dos seus restantes filhos ou netos*”, a *perfiliatio* “*coloca o perfilhado na situação de filho (ou de irmão) , sem o intuito de o agregar à família do perfilhador, mas visando-se apenas atribuir-lhe, nessa qualidade, um certo e determinado direito ou obrigação patrimonial que o próprio contrato especifica*”. Sobre a *perfiliatio*, vide GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a “perfiliatio”*, separata do BFD; XIV, Coimbra, 1938.

⁴³ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 6, para quem “*foi a sucessiva mudança dessa finalidade – sempre equacionada com a simultânea estrutura da família – que, através dos tempos e dos lugares, fez variar o conteúdo específico da adoção, informou a sua disciplina e marcou, sem dúvida, o seu alcance prático*”. Ainda segundo ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 8, “*convirá assinalar três ciclos fundamentais da adoção no direito português: o primeiro decorre até aos fins do século XII; o segundo, já sem dúvida involutivo, vai do século XIII ao século XVI; e finalmente, o ciclo que daí em diante se alonga até ao Código de Seabra*”. Relativamente às nossas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, observa (p. 25) que “*é certo que, na falta de direito pátrio, valeriam a título subsidiário, os preceitos do direito romano. Todavia, nem sempre imperou o modelo romano*” e “*não se vê que se distinguisse entre adoção plena e minus plena*”. E, em conclusão, refere (p. 27) que até ao século XVI, “*tudo leva a crer que (a adoção) nunca tenha alcançado uma grande importância*”; e observa que “*a reconstrução dogmática da adoção romano-justinianeia representava obra artificial (...) Uma pura filiação jurídica era algo de anómalo numa sociedade em que os vínculos de sangue, as linhagens, constituíam, não apenas a base da família, mas da própria organização política*”.

a que o instituto se prestava”, refere ANTUNES VARELA⁴⁴.

Ainda no século XVIII, os nossos juristas ora consideram a adoção abolida por contrariar a Lei da Boa Razão, ora a silenciam⁴⁵. Por isso, em face deste descrédito, “era natural que o Código Civil de 1867 a omitisse pura e simplesmente”⁴⁶; e só, com o fim da guerra de 1914-1918 e a crise económica de 1928 foi reconhecida como “uma das melhores armas de combate aos estados de carência moral e afetiva em que as crianças abandonadas se encontravam”⁴⁷. Efetivamente, foi “a partir do segundo quartel do século” que “a ressurreição do instituto encontrou ambiente francamente favorável por parte do Estado, em virtude da gravidade social crescente que passou a ter a situação da infância desvalida, bem como da juventude delinquente e indisciplinada”⁴⁸.

O atual Código Civil “restaurou, bastantes anos mais tarde, o instituto da adoção”, consagrando as duas modalidades já previstas no direito romano: a adoção restrita e a adoção plena: naquela, embora o adotado fique sujeito ao poder paternal do adotante com algumas limitações, não ingressa na sua família, “ficando ainda apertadamente preso aos laços da família natural”; pelo contrário, na adoção plena, “há uma integração profunda do adotado na família do adotante, com a amputação correspondente dos vínculos jurídicos que o prendiam à família de sangue”, observa ANTUNES VARELA⁴⁹. Ou, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “os desaires que a (adoção) sofreu em nada comprometem o seu futuro, uma vez que se lhe abrem perspectivas e configurações novas”⁵⁰.

Antes da reforma de 1977⁵¹, observa-se, no nosso Código Civil, a deslocação do centro de gravidade dos interesses (religiosos, espirituais, morais, económicos) do adotante para os do adotando, passando a ter como principal “suprir eficazmente a situação de carência moral, afetiva, espiritual e material em que o adotando

⁴⁴ Vide ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 96-97.

⁴⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A adoção na história do direito português*, cit., p. 28, que nos fala de Melo Freire, Borges Carneiro, Liz Teixeira, Correia Teles e Coelho da Rocha.

⁴⁶ Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A adoção na história do direito português*, cit., p. 28.

⁴⁷ Voltamos a transcrever ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 97. O Autor refere que “milhões de crianças, caídas em orfandade, ficaram votadas, nessa época, ao abandono e à miséria nos países mais atingidos pela conflagração”. E, “na luta contra o flagelo da criminalidade juvenil, muitos dos estudiosos dos problemas da infância desvalida reconheceram na adoção, uma das melhores armas de combate aos estados de carência moral e afetiva em que as crianças abandonadas se encontravam”.

⁴⁸ De novo transcrevemos ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 97. Vide também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 6-7, para quem “trata-se de uma figura jurídica que entrou no século XX sob o signo de autêntica renascença” e, tratando-se duma figura “que vem ao encontro, segundo se pensa, de efetivas exigências da vida, de sentimentos ínsitos na consciência e aspirações do nosso tempo, não se crê excessivo admitir que a reforma tenha por si um largo futuro”.

⁴⁹ Vide ANTUNES VARELA, *Direito da família*, cit., pp. 98-99.

⁵⁰ Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 30.

⁵¹ A Reforma de 1977 foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

se encontra”⁵².

Em 1977, assistimos a uma reforma profunda da adoção com alterações significativas que “alteraram substancialmente o sentido da distinção entre (a adoção plena e a adoção restrita)”⁵³. A legitimidade para adotar foi alargada, na adoção plena, “não só aos casais constituídos há mais de cinco anos, quer não tenham, quer tenham filhos, mas também a pessoas isoladas, seja qual for a sua situação familiar”. E “no caso de o adotante ser casado e o adotando ser filho do outro cônjuge, também se aboliu a exigência de o outro progenitor ser incógnito ou ter já falecido”. Por outro lado, a adoção plena foi estendida “a todos os menores que há mais de um ano residam com o adotante e estejam a seu cargo, pouco importando que os pais do menor sejam conhecidos ou incógnitos e que, sendo conhecidos, tenham já falecido ou sejam ainda vivos”⁵⁴.

Como observa ANTUNES VARELA, “a Reforma de 1977 considerou o adotando, para todos os efeitos (sucessão legítima, sucessão legitimária, prestação de alimentos, impedimentos matrimoniais, etc.), como familiar dos parentes do adotante. Atribui, assim, efeitos absolutos à adoção plena, embora só para o futuro”. E, “como consequência desta completa integração do adotado no núcleo familiar do adotante, cortou cercos os laços que prendiam o adotando à sua família natural”⁵⁵.

A evolução não se deteve aqui. Em 2015, assistimos a uma nova reforma⁵⁶ que revogou a adoção restrita. No entanto, não deixa de ser surpreendente que o nosso Código tenha dedicado o capítulo II à adoção plena quando doravante só existe uma doação.

Feita esta breve resenha histórica da adoção, importa ter presente que atualmente, “constituiu-se por sentença judicial”⁵⁷. E “Visa realizar o superior interesse da

⁵² Vide ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 100-101, onde refere os novos aspetos fundamentais do regime jurídico da adoção que refletem a deslocação do centro de gravidade para os interesses do adotando. Vide também RABINDRANATH VALENTINO A. CAPELO DE SOUSA, *A adoção. Constituição da relação adotiva*, separata do BFD, XIX, Coimbra, 1973, que nos oferece uma síntese da evolução histórica da adoção e o estudo da relação adotiva antes, naturalmente, da Reforma de 1977.

⁵³ Transcrevemos ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 102.

⁵⁴ Continuamos a transcrever ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 103, que critica “esta modificação significativa da fisionomia jurídica do instituto, que reuniu as notas mais avançadas das diversas reformas levadas a cabo em diferentes países europeus, sem cuidar das condições peculiares da comunidade nacional”. Em síntese, “a Reforma de 1977 encarou com manifesta indiferença os interesses (...) da sociedade familiar assente sobre o casamento”.

⁵⁵ Transcrevemos ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 126-128, para quem, no entanto, “a integração do adotando na família do adotante, resultando apenas da lei e não do facto biológico ou natural da procriação e não gozando de eficácia retroativa, não pode equiparar-se em toda a linha à filiação”. Haja em vista que “se mantêm os impedimentos matrimoniais entre o adotado e os seus parentes naturais, a fim de salvar o tabú do incesto. E é irreversível a relação de sangue em que o impedimento do parentesco se funda”. Por outro lado, “se o adotado for filho (legítimo ou natural) do cônjuge do adotante, manter-se-ão, a despeito da adoção, as relações de filiação entre ele e este cônjuge, bem como as relações familiares com os parentes deste”.

⁵⁶ Cf. a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

⁵⁷ Cf. art. 1973.º, n.º 1.

*criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adotando, se funde em motivos legítimos, não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante e seja razoável supor que entre o adotante e o adotado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação*⁵⁸.

Compreensivelmente, impõe condições aos adotantes: *v.g.*, se forem casados há mais de quatro anos e não separados judicialmente de pessoas e bens ou de facto, devem ter mais de 15 anos⁵⁹. Mas pode adotar quem tiver mais de 30 anos⁶⁰. Por outro lado, impõe limites máximos: *“só pode adotar quem não tiver mais de 60 anos à data em que a criança lhe tenha sido confiada”*; e, *“a partir dos 50 anos, a diferença de idades entre o adotante e o adotado não pode ser superior a 50 anos”*⁶¹. No entanto, esta diferença de idades pode ser superior a 50 anos, havendo excepcionalmente motivos ponderosos e atento o superior interesse do adotado⁶².

Relativamente aos seus efeitos, com a adoção (plena) *“o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo dos impedimentos matrimoniais”*⁶³. No entanto, *“se um dos cônjuges adota o filho do outro, mantêm-se as relações entre o adotado e o cônjuge do adotante e os respetivos parentes”*⁶⁴. E *“excepcionalmente, ponderada a idade do adotado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, pode ser estabelecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica (...) favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, “desde que os pais adotivos consintam (...) e tal corresponda ao superior interesse do adotado”*⁶⁵.

A integração do adotado na família do adotante e o afastamento das relações familiares entre o adotado e sua família biológica justifica a perda dos apelidos de origem do adotado⁶⁶ e a irrevogabilidade da adoção⁶⁷.

Em conclusão: sendo o adotado considerado como filho do adotante com os direitos e obrigações correspondentes, justifica-se que o velho princípio romano continue a aplicar-se: *adoptio naturam imitatur*.

Perguntar-se-à: estaremos perante uma ficção? E de que tipo? O nosso Código Civil disciplina o instituto da adoção utilizando uma remissão: reconhecendo

⁵⁸ Cf. art. 1974º, nº. 1.

⁵⁹ Cf. art. 1979º, nº. 1.

⁶⁰ Cf. art. 1979º, nº. 2.

⁶¹ Cf. art. 1979º, nº. 3.

⁶² Cf. art. 1979º, nº. 4.

⁶³ Cf. art. 1986º, nº. 1.

⁶⁴ Cf. art. 1986º, nº. 2.

⁶⁵ Cf. art. 1986º, nº. 3.

⁶⁶ Cf. art. 1988º, nº. 1.

⁶⁷ Cf. art. 1989º.

que o adotado “*adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste*”⁶⁸, remete implicitamente para as normas que disciplinam as responsabilidades parentais⁶⁹. Ou seja, a nova situação jurídica civil do adotado encontra-se perfeitamente disciplinada, ainda que através duma remissão, mas não de ficção histórica que, como temos referido, se destina a integrar lacunas através da eliminação de obstáculos jurídicos.

É que o princípio segundo o qual “*adoptio naturam imitatur*” visa, apenas, facilitar, sem repetições desnecessárias e quicá incompletas, a compreensão rápida da situação jurídica do adotado: trata-se, portanto, duma ficção dogmática⁷⁰.

VI

“ERRANTIS NULLA VOLUNTAS EST”

Resumo: Direito romano: ninguém recusa a presença da *voluntas* nos negócios jurídicos. Tão só houve tempos dominados pela crítica interpolacionística que atribuiu os seus efeitos às épocas pós-clássica e justinianeia, desvalorizando a época clássica. Hoje, porém, renova-se a orientação que recupera esta época, atribuindo aos seus jurisconsultos a defesa da *voluntas* quer perante divergências com os *verba* quer na determinação dos vícios que a atingem. No que se refere ao erro, porque afasta a vontade, é claro o valor do princípio de que é nula a vontade de quem erra (“*errantis nulla voluntas est*”), afirmado por POMPÓNIO no texto que apreciamos.

Direito português: renascido em Bolonha, na Escola dos Glosadores, no século XII, o direito romano penetrou em Portugal no século XIII e a sua aplicação nos tribunais como direito subsidiário e mesmo como direito principal contribuiu decisivamente para modernizar o nosso direito, a que também não foi alheio o seu estudo na Universidade portuguesa. Seguiram-se as nossas Ordenações que, apesar de não terem definido negócio jurídico, não deixaram de acentuar o papel decisivo da vontade nos negócios jurídicos. Afirma-se que a vontade viciada desfaz o contrato. No século XVIII, MELO FREIRE enunciou a máxima de que “*a vontade dos contraentes dá a lei*” e, em consequência, preocupou-se com o regime do dolo, da simulação, da lesão imoderada, etc. Esta orientação doutrinária prosseguiu e foi acolhida no Código Civil de 1867 quer na definição de contrato, quer nas condições que sustentam a sua validade. O atual Código Civil, embora não tenha definido negócio jurídico nem contrato, não deixou de dar relevo à vontade dos contraentes. Pode afirmar-se que o princípio romano *errantes nulla voluntas est* continua presente no direito português.

Palavras-chave: Vontade (*voluntas*); Interpolacionística; *Verba*; Erro; Negócios jurídicos; Contratos; Escola dos Glosadores; Ordenações; Código Civil de 1867; Código Civil de 1966.

Abstract: Roman law » will (*voluntas*) has always been a factor in legal transactions. There have been phases dominated by interpolationist criticism which attributed the effects of will to the post-classical and Justinian eras, thus downplaying

⁶⁸ Cf. art. 1986º, nº 1, 1ª parte.

⁶⁹ Cf. arts. 1877º. e ss. Sobre as normas remissivas, vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 9ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 150-153.

⁷⁰ Vide A, SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio fictícia*”), cit., pp. 597-600.

the classical period. Today, however, there is a renewed orientation that reassesses this period, attributing to its jurists the defence of *voluntas* both in the face of disagreements with the *verba* and in the determination of factors that vitiate it. As far as mistake is concerned, because it negates will, the value of the principle - that the will of the mistaken party is null and void ("*errantis nulla voluntas est*"), as stated by POMPONIUS in the text that we have analysed - is clear.

Portuguese law » Roman law reached Portugal in the 13th century in the revived form emanating from Bologna; its application in the courts as subsidiary law and even as principal law contributed decisively to modernising our law, a process aided by the study of law in Portuguese universities. This was followed by our Ordinances which emphasised the decisive role of the will in legal transactions, despite not defining these. The Ordinances affirmed that vitiated will defeats the contract. In the 18th century, MELO FREIRE set forth the maxim that "the will of the contracting parties gives the law" and was in consequence concerned with the regime of fraudulence, misrepresentation, substantial damage, etc. This aspect of doctrine continued and was incorporated in the Civil Code of 1867, both in the definition of contract and in the conditions for a contract to be valid. The current Civil Code, although it has not defined a legal transaction or a contract, has maintained the emphasis on the will of the contracting parties. It may be stated that the Roman principle "*errantes nulla voluntas est*" continues to be applied in Portuguese law.

Keywords: Will (*voluntas*); Interpolation; *Verba*; Mistake; Legal transactions; Contracts; School of the Glossators; Ordinances; Melo Freire, Civil Code of 1867; Civil Code of 1966.

1. Direito romano

Embora parem divergências sobre o relevo da vontade (*voluntas*) na produção de efeitos jurídicos por parte de negócios exatamente por isso ditos jurídicos, é inquestionável que a *voluntas* constitui o fator propulsor elevado, pela dogmática contemporânea, a elemento essencial⁷¹.

Todavia, esta posição, em relação à qual a doutrina dos nossos dias não vacila, obnubila uma longa história que, no direito romano, foi, não há muito tempo, reacendida no fogo crepitante da orientação interpolacionística segundo a qual o relevo conferido à vontade não é clássico, mas pós-clássico ou mesmo justinianeu.

Em breve síntese, entendemos que o entendimento sobre o papel da vontade nos negócios jurídicos passou pelos seguintes momentos:

- Primeiro: até meados do século XX, os romanistas estavam de acordo sobre a afirmação paulatina da *voluntas* à medida que as formas solenes iam decaindo, arrastando, na sua lenta queda, os *verba* que constituíam a sua estrutura fundamental. Era, então, pacífico o entendimento de

⁷¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro* em A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual, Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano, IMPRECE - Impressora do Ceará Ltda, Fortaleza (Brasil), 2003, p. 59 e a bibliografia aí citada.

que a vontade viciada por erro não produzia efeitos jurídicos. Não se suspeitava das fontes que nos oferecem este princípio. Destacamos:

D. 2,14,1,3 (PÉDIO, citado por ULPIANO): “... segundo diz elegantemente Pédio, não há nenhum contrato, nenhuma obrigação, que em si não contenha uma convenção, quer seja feita com a entrega de uma coisa, quer por palavras, pois também a estipulação, que se faz com palavras é nula se não encerrar um consentimento”⁷²

D. 39,3,20 (POMPÓNIO): “Mas isto é assim (se o vizinho consentiu que eu fizesse obra e a água pluvial o prejudicasse, não estou obrigado), se não tiver sido enganado por erro ou imperícia, porque é nula a vontade de quem erra”⁷³.

D. 44,7,55 (JAVOLENO): “Em todos os atos que transferem a propriedade deve concorrer a intenção de um e do outro contraente, pois, seja uma venda, uma doação, um arrendamento ou qualquer outra causa de contrair uma obrigação, não se pode levar a efeito o que se começa se não estiverem de acordo as intenções de uma e da outra parte”⁷⁴.

D. 45,1,137,1 (VENULEIO): “Se estipulo um escravo, mas estou a pensar num e tu noutro, o ato é nulo, pois a estipulação funda-se no acordo das partes”⁷⁵

D. 50,17,12 (PAULO): “Nos testamentos são interpretadas mais plenamente as vontades dos testadores”⁷⁶.

- Segundo: a partir do século XX, a orientação histórico-crítica que os romanistas seguiram desde 1900 – com a promulgação do Código Civil alemão (BGB) – considerou que as fontes em que a *voluntas* e outras

⁷² D. 2,14,1,3: “... ut eleganter dicat Pédus, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est”.

⁷³ D. 39,3,20: “Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantes est”.

⁷⁴ D. 44,7,55: “In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id, quod inchoatur, non potest”.

⁷⁵ D. 45,1,137,1: “Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur”.

⁷⁶ D. 50,17,12: “In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur”.

expressões (*v.g., animus, affectio, mens, etc.*) surgem com o relevo assinalado foram interpoladas, sobretudo pelos Mestres de Beirute, que se tornaram émulos dos jurisconsultos clássicos. Ou seja, a época clássica perdeu a sua grandeza, deslocada para a época pós-clássica⁷⁷. Nem lhes faltou o apoio em IHERING que, na sua “luta” com SAVIGNY, declarou guerra ao dogma da vontade. Na verdade, agitando o princípio de que “quando se celebra um nexum⁷⁸ ou negócio mancipatório, as palavras pronunciadas tenham valor de direito” consagrado na Lei das XII Tábuas⁷⁹ e apoiando-se na lição de IHERING de que “no princípio era a palavra”⁸⁰, a romanística deslocou a produção dos efeitos jurídicos da *voluntas* para os *verba*: o que contava não era a vontade, mas o ato realizado na forma determinada pela *lex*. Dominava a forma sobre o conteúdo e a interpretação limitava-se a procurar determinar “*id quod actum est*”, porque a vontade, que tinha levado as pessoas à realização do ato negocial, desaparecera, obnubilada nas palavras. Por isso, não se questionavam os vícios da vontade nem tinha sentido a eventual divergência entre a *voluntas* e a declaração. E, com esta orientação, os efeitos produzidos pela vontade foram deslocados da época clássica para a época pós-clássica, caindo-se num sistema jurídico formalista imobilizado e ignorando o sábio princípio recolhido por HERMOGENIANO de que “*todo o direito é constituído para os homens*”⁸¹.

- Terceiro: a partir do início do século XX, a orientação interpolacionística passou a ser vivamente criticada, primeiro por RICCOBONO, a que se seguiram outros romanistas italianos e espanhóis⁸². Antes, porém, assinala-se a posição de KOSCHAKER que restabeleceu o relevo da vontade na época clássica, embora não individual, mas típica. Só que

⁷⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, cit., p. 62.

⁷⁸ O *nexum* é uma figura jurídica cujo conhecimento ainda constitui uma *vexata quaetio*. É provável que tenha sido um contrato verbal que criava uma obrigação pecuniária e também, para a eventualidade de não ser cumprida, a faculdade da sua execução imediata. Mais tarde, ter-se-á reduzido a contrato que tão só criava obrigações pecuniárias. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)* em *Studia Iuridica*, 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 93-94.

⁷⁹ VI, 1: “*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

⁸⁰ “*In principio erat verbum*”. Vide RUDOLPH VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorres, ed. Comares, S.L., Granada, 1998, p. 619.

⁸¹ D. 1,5,2: “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*”.

⁸² Destacamos, em Itália, ARANGIO-RUIZ, PUGLIATTI, GUARNERI-CITATI, BIONDO BIONDI, SERRAO, VOICI, GANDOLFI, MARCHI, LA PIRA e TALAMANCA. Em Espanha, SANTA CRUZ TEIJEIRO, ARMANDO TORRENT, FUENTESECA, JUAN IGLESIAS, GARCIA GARRIDO e ARMANDO TORRENT.

esta *voluntas* não passa duma vontade cristalizada em esquemas e fórmulas típicas: é a vontade do homem normal, abstrato, que reage de modo uniforme a certas situações, com a qual nem sempre concorda a vontade do homem concreto⁸³. Daí que, num segundo momento, KOSCHAKER reduzisse a vontade típica aos negócios *inter vivos*, reservando a vontade individual para os negócios *mortis causa*⁸⁴; e, posteriormente, com destaque para RICCOBONO, à vontade individual tenha sido reconhecido o seu poder criativo de efeitos jurídicos em todos os negócios jurídicos⁸⁵.

Recuperado o valor da *voluntas*, voltou a impor-se a *conventio* como elemento comum dos contratos, cujo formalismo se transformou num instrumento ao serviço da efetiva vontade das partes⁸⁶. E, com a vontade, a *iurisprudentia* passou a dedicar especial atenção aos seus vícios e divergências com a sua declaração. Alguns textos servem de exemplo:

D. 12,1,32 (CELSO): “*Se tivesses pedido dinheiro em mútuo a mim e a Tício e eu autorizasse o meu devedor a prometer-te e tu tivesses estipulado crendo que era devedor de Tício, ficarás acaso obrigado a meu favor? Duvido, se verdadeiramente não contraíste negócio comigo. Mas é mais provável que estime que te obrigas, não porque eu te preste uma quantia (o que só pode ocorrer entre os que estão de acordo), mas porque é bom e justo que me restituas aquela quantia minha que se fez tua*”⁸⁷.

D. 18,1,9,1 (ULPIANO): “*Claro que se dissentimos no nome, mas estamos de acordo no objeto, não há dúvida de que vale a compra e venda; nada influi o erro na denominação quando há acordo no objeto*”⁸⁸.

⁸³ Vide EMILIO BETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici (diritto romano)*, no Novissimo Digesto Italiano, VIII, 1962, p. 902; e ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1493.

⁸⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, cit., p. 67.

⁸⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 68, onde se refere a crítica ácida que RICCOBONO fez à doutrina interpolacionista.

⁸⁶ Cf. D. 2,14,1,3, que transcrevemos supra. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 76-82.

⁸⁷ D. 12,1,32: “*Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi crediti (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam Mihi a te reddi bonum et aequum est*”.

⁸⁸ D. 18,1,9,1: “*Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio; nihil enim facit error nominis cum de corpore constat*”.

D. 18,1,9,2 (ULPIANO): “Daí que se pergunte se há compra e venda quando se erra não no objeto, mas na substância; por exemplo, se se vendesse vinagre em lugar de vinho, bronze por ouro ou chumbo por prata ou outro objeto que pareça de prata, Marcelo escreveu (...) que há compra e venda, porque se consentiu no objeto, ainda que se tenha errado na matéria. Estou de acordo no caso do vinho, pois a substância é a mesma se o vinho se azedou. Mas se o vinho não se azedou e foi vinagre desde o princípio (...) parece-me que se vendeu uma coisa por outra; nos demais casos, sempre que há erro na matéria, creio que não há venda”⁸⁹.

Nestes fragmentos, os jurisconsultos apreciam o valor que deve ser atribuído ao erro. No primeiro fragmento, o erro do mutuário sobre a pessoa do mutuante afasta este do mútuo, substituído pela parte com quem o mutuário pensava, erradamente, ser o mutuante. Por outras palavras, sem vontade não existe negócio jurídico. No segundo, as duas partes referem, erradamente, nomes diferentes da coisa vendida. Todavia, porque estão de acordo em relação a esse objeto, o erro não afasta a compra e venda, ou seja, o erro não releva porque, em relação ao mais importante (à coisa vendida) não existe erro. Portanto, a vontade é determinante. E, no terceiro fragmento, se o erro incidir sobre a substância, invalida a compra e venda, porque a vontade verdadeira das partes assim o impõe⁹⁰.

⁸⁹ “*Inde quaeritur, si in ipso corpore, non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit (...) emptioem esse eet venditionem, quia in corpus consensos est, etsi in matéria sit erratum; ego in vino quisem consentio, quia eadem prope substantia est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit (...) alium pro alio veniisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in matéria erratur*”.

⁹⁰ Vide MIRTA BEATRIZ ALVAREZ, *El error en el derecho romano y su reperción en el derecho civil argentino em A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*, Editora IMPRECE, Fortaleza (Brasil), 2003, pp. 98-104, que distingue o erro de direito e o erro de facto. Relativamente àquele, refere que “*prejudica a quién lo sufre (error iuris nocet)*” e, portanto, “*no podrá alegar la nulidade del negocio por esa razón, por cuanto el mismo es inexcusable*”. Presumindo-se que as leis são conhecidas por todos, “*se entiende que quién desconhece el derecho aplicable, ha incurrido en una negligencia culpable, y por tanto no debe ser protegido (Paulo, D. 22,6,9pr.)*”. No entanto, o erro de direito escusa: 1) quem não tem oportunidade de conhecer a questão em causa (D. 22,6,9,3); 2) as mulheres (D. 2,13,1,5; -25,4,2,1; C. 1,18,13); 3) os menores de 25 anos (D. 22,6,9pr.); 4) os soldados (D. 22,6,9,1); as pessoas rústicas (D. 2,13,1,5; -49,14,2,7; C. 6,9,8). No entanto, só beneficia estas pessoas para evitarem um dano e não para obterem um benefício. Relativamente ao erro de facto, distingue o erro: 1) essencial, que permite anular o negócio; 2) accidental, que não tendo influência decisiva na realização do negócio, não determina a sua nulidade. Segundo outra classificação, o erro pode ser: a) *in negotio* (recai sobre a natureza do negócio. Porque falta o consentimento das partes, trata-se dum erro essencial e, portanto, causa a nulidade do negócio); b) *in corpore* (recai sobre a identidade da coisa objeto do negócio. Porque se trata também dum erro essencial – falta o consentimento das partes –, o negócio é nulo); c) *in substantia* (refere-

Compreender-se-á, assim, o acerto de quem, como ALVARO D'ORS, atribui à *conventio* (portanto, à vontade das partes) “*a alma do contrato*”⁹¹ e de quem, como ARMANDO TORRENT, vê na vontade “*el nervio motor del negocio jurídico*”⁹². Não fora assim e não teriam sentido a *simulatio*, as *restitutiones in integrum ob errorem* e *ob metum*⁹³.

Em conclusão, porque o erro afasta a vontade, torna-se claro o valor do princípio segundo o qual é nula a vontade de quem erra (“*errantis nulla voluntas est*”), afirmado por POMPÓNIO no texto que apreciamos⁹⁴.

2. Direito português

Fortemente influenciadas pelo direito romano que, renascido na Escola dos Glosadores no século XII⁹⁵, penetrou em Portugal no século XIII⁹⁶, as nossas Ordenações, apesar de não terem definido negócio jurídico e contrato, não deixaram de acentuar o papel decisivo da vontade. Basta observar o que as Ordenações Filipinas dispõem a propósito do contrato de compra e venda:

se à qualidade essencial ou intrínseca da coisa ou ao sexo do escravo objeto da prestação. Trata-se dum erro muito discutido entre os juristas romanos, havendo quem (como PAULO, D. 45,1,22) o considere essencial e, portanto, produz a nulidade do negócio); e quem, como ULPIANO, D. 18,1,9,2) entenda que não é suficiente para a provocar: v.g., se o vinho se transformou em vinagre depois da venda, esta é válida); d) *in quantitate* (recai sobre o *quantum* da prestação. Também aqui há divergências: enquanto no direito justinianeu (I. 3,19,5), seguindo a opinião de GAIO, o negócio é nulo quando uma das partes prometeu dez e o outro só se obrigou em cinco, PAULO (D. 45,1,83,3) e ULPIANO (D. 45,1,1,4) consideram que o negócio é válido em relação à quantidade menor porque está incluída na maior); e) *in qualitate* (recai sobre uma qualidade da coisa. Não revestindo caráter essencial, não provoca a anulação do negócio); f) *in personam* (recai sobre a identidade da pessoa com quem se contrata. Pode determinar a nulidade do negócio se a identidade e a aptidão de uma das partes é elemento essencial da prestação: v.g., nos contratos *intuitu personae*, em que é determinante a identidade do outro contraente pelas suas condições artísticas, especial competência, confiança, solvência, etc. Ainda noutra perspetiva, o erro pode relevar para afastar obstáculos à validade de um negócio: v.g., confere a validade a um mútuo de dinheiro feito a um *filiusfamilias*, apesar de proibido pelo sc. Macedonianum, quando este se faz passar por *paterfamilias* (D. 14,6,3); e são válidas as núpcias de mulher romana que casou com estrangeiro que, erradamente, considerava romano. Sendo válido o casamento, o marido e os filhos obtêm a cidadania romana (GAIO 1,68).

⁹¹ Vide ALVARO D'ORS, *Derecho romano*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, I, Barcelona, 1949, p. 28.

⁹² Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1494.

⁹³ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, cit., pp. 83-84.

⁹⁴ Vide *supra*, o D. 39,3,20; e ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 322.

⁹⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. ed. com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, pp.236-244; e A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 26-28

⁹⁶ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 250-253.

IV,1pr.: “As compras e vendas podem fazer-se (...) consentindo ambos (vendedor e comprador) na venda...”;

IV,17,4: “Se o vendedor afirmar que o escravo, que se vende, sabe alguma arte ou tem alguma habilidade boa, assim como pintar, esgrimir, ou que é cozinheiro e isto não somente pelo louvar, mas pelo vender por tal, e depois se achar que não sabia de tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador enfeitá-lo...”.

É fácil observar, no primeiro texto, a consideração da *voluntas contrahentium* como expressão essencial do contrato; e a solução do segundo é simples consequência deste princípio: se a verdadeira vontade não existir por ter sido viciada, o contrato desfazer-se-á.

No século XVIII, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE – que nas palavras de PAULO MERÊA, foi o “*executor genial do pensamento dos colaboradores de Pombal*” e “*um dos mais eminentes jurisconsultos que tem tido Portugal*”⁹⁷ – enunciou a máxima de que “*a vontade dos contraentes dá a lei*”⁹⁸ e, em consequência, preocupou-se com o regime do dolo, da simulação, da lesão imoderada, etc.⁹⁹. Ou seja, MELO FREIRE continuou a nossa tradição romanística, orientação que foi sucessivamente acolhida por CORRÊA TELLES¹⁰⁰ e COELHO DA ROCHA¹⁰¹, obreiros das transformações do nosso direito civil depois da Revolução liberal de 1820, que prepararam o ambiente em que, anos depois, se moveu o VISCONDE DE SEABRA, quando elaborou o nosso primeiro Código Civil.

Efetivamente, o Código de Seabra define o contrato como “*o acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma*

⁹⁷ Vide MANUEL PAULO MERÊA, *Lições de história do direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1923, p. 116.

⁹⁸ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, trad. de Miguel Pinto de Meneses, no Boletim do Ministério da Justiça, 162, Lisboa, 1967, p. 63.

⁹⁹ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *ibidem*, pp. 66-67.

¹⁰⁰ Vide J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto português ou tratado dos direitos e obrigações civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo código civil*, I, 3ª. ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1845, §§ 219, 236, 237, 238, 239 e 248, para quem é nulo o consentimento sobre a substância da coisa e sobre a pessoa. É também é nulo o consentimento extorquido por força ou ameaças que façam de temer a perda da vida, da saúde, da honra e da liberdade. E o dolo é outro vício do consentimento por causa do qual se podem anular os contratos.

¹⁰¹ COELHO DA ROCHA definiu o contrato como “*o acto jurídico pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam por consentimento recíproco a dar, fazer ou não fazer alguma cousa*”. E considera que a sua característica “*consiste no concurso simultâneo da promessa d’um e aceitação do outro, ou no consentimento recíproco*”. Por isso, acentua o dolo, o erro e a violência como anomalias que, viciando a vontade, são suscetíveis de justificar a anulação do contrato ou o direito à indemnização de perdas e danos. Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, II, 8ª. ed., Livraria Clássica A. M. Teixeira, Lisboa, 1917§§ 733 e 736.

obrigação”¹⁰². E, entre as condições que sustentam a sua validade, coloca o mútuo consenso¹⁰³ que “*deve ser claramente manifestado*”¹⁰⁴. Depois, para defesa da vontade, determina que o consentimento prestado por erro ou coação produz a nulidade do contrato¹⁰⁵. E, relativamente à interpretação dos contratos, considera “*nulo o contrato sempre que (...) se não possa depreender qual fosse a intenção ou vontade dos contraentes sobre o objeto principal*”¹⁰⁶.

Volvida uma centúria, o nosso atual Código Civil, na boa linha romanista, não define negócio jurídico nem contrato¹⁰⁷, mas nem por isso deixou de dar relevo à vontade dos contraentes. Basta olhar para a eficácia da declaração negocial¹⁰⁸; para a exigência de acordo das partes em todas as cláusulas do contrato¹⁰⁹; para a interpretação da declaração negocial feita por um declaratório normal que não afasta a hipótese de ser conhecida a vontade real do declarante que dá sentido à declaração emitida¹¹⁰; para a nulidade do negócio simulado¹¹¹ e para a validade do negócio dissimulado que não é prejudicada pela nulidade do negócio simulado¹¹²; para o regime jurídico da reserva mental¹¹³ e da falta de consciência da declaração e coação física¹¹⁴; para o erro na declaração¹¹⁵ e na transmissão da declaração¹¹⁶; para o erro sobre a pessoa ou sobre o objeto do negócio¹¹⁷; para os efeitos do dolo¹¹⁸ e da coação¹¹⁹ e da incapacidade acidental¹²⁰; etc.

Sem esquecer o relevo conferido à vontade nos negócios *mortis causa*: a nu-

¹⁰² Cf. art. 641º.

¹⁰³ Cf. art. 643º.

¹⁰⁴ Cf. art. 647º.

¹⁰⁵ Cf. arts. 656º.e 668º.

¹⁰⁶ Cf. art. 684º.

¹⁰⁷ Recordamos o sábio adágio romano, referido por JAVOLENO, segundo o qual “*no direito civil toda a definição é perigosa porque é difícil que não possa ser alterada*”. Cf. D. 50,17, 202.

¹⁰⁸ Cf. art. 224º., nº. 1.

¹⁰⁹ Cf. art. 232º.

¹¹⁰ Cf. art. 236º.

¹¹¹ Cf. art. 240º., nº. 2.

¹¹² Cf. art. 241º., nº. 1.

¹¹³ CF. art. 244º.

¹¹⁴ Cf. art. 246º.

¹¹⁵ Cf. art. 247º.

¹¹⁶ Cf. art. 250º.

¹¹⁷ Cf. art. 251º.

¹¹⁸ Cf. art. 254º.

¹¹⁹ Cf. art. 256º.

¹²⁰ Cf. art. 257º.

lidade do testamento se o testador não exprimiu claramente a sua vontade¹²¹; e a necessidade de, na sua interpretação, se observar o que parecer mais ajustado à vontade do testador¹²².

Em sintonia com a função da vontade legalmente consagrada encontra-se a nossa doutrina, fortemente tributária do ensino de MANUEL DE ANDRADE no domínio do negócio jurídico¹²³.

Continua no próximo número da Revista

¹²¹ Cf. art. 2180º.

¹²² Cf. art. 2187º., nº. 1.

¹²³ Vide MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 7ª. reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 379-384, 419-423 e 441-454; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, tomo I, 3ª.ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 443-458 e *Tratado de direito civil*, VII, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 171-181; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, II, 5ª. ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 31-51 e 183-189, 190-197, 198-199 e 200-253; e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 105-106.



PRECAUÇÃO, PREVENÇÃO, CORRECÇÃO
PRIORITARIAMENTE NA FONTE E POLUIDOR-PAGADOR:
PRINCÍPIOS BASILARES DA RESPONSABILIDADE
AMBIENTAL

*PRECAUTION, PREVENTION, PRIORITY RECTIFICATION AT SOURCE AND
POLLUTER SHOULD PAY:
FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL LIABILITY*

Cristina Aragão Seia¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/r1je-4w12>

Resumo: Este trabalho incide sobre o princípio da precaução, o princípio da prevenção, o princípio da correcção prioritariamente na fonte e o princípio do poluidor pagador, princípios em que assenta a responsabilidade ambiental na União Europeia, sua génese, consagração e condições de aplicação e o modo como são acolhidos no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: Responsabilidade ambiental; Princípio da precaução; Princípio da prevenção; Princípio da correcção prioritariamente na fonte; Princípio do poluidor-pagador.

Abstract: This paper studies the precautionary principle, the preventive action principle, the principle of priority rectification at source and the polluter pays principle, the basic principles of environmental liability in the European Union, its genesis, consecration and conditions of application and how they are accepted in the Portuguese legal system.

¹ Professora da Universidade Lusíada - Porto. Investigadora integrada do CEJEA. E-mail: cas@por.ulusiada.pt. Artigo adaptado do Capítulo III da tese de doutoramento *A responsabilidade ambiental na União Europeia. Da responsabilidade civil à responsabilidade administrativa em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2022.

Keywords: Environmental liability; Precautionary principle; Preventive action principle; Principle of priority rectification at source; Polluter pays principle.

Sumário: 1. Considerações gerais; 2. princípios em que assenta a responsabilidade ambiental; 2.1. O princípio da precaução; 2.1.1. Algumas considerações gerais; 2.1.2. O conteúdo do princípio da precaução; 2.1.3. A consagração do princípio da precaução; 2.1.3.1. A nível internacional; 2.1.3.2. Na União Europeia; 2.1.4. As condições de aplicação do princípio da precaução; 2.2. O princípio da prevenção; 2.2.1. Considerações gerais; 2.2.2. O conteúdo do princípio da prevenção; 2.2.3. A consagração do princípio da prevenção; 2.2.3.1. Em direito internacional; 2.2.3.2. Em direito da União Europeia; 2.2.4. A aplicação do princípio da prevenção; 2.2.5. Prevenção *versus* precaução; 2.3. O princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente; 2.4. O princípio do poluidor-pagador; 2.4.1. O conteúdo do princípio do poluidor-pagador; 2.4.2. A consagração do princípio do poluidor-pagador; 2.4.2.1. Em direito internacional; 2.4.2.2. Na União Europeia; 2.4.3. A aplicação do princípio do poluidor-pagador; 3. Os princípios da precaução, da prevenção, da correcção, prioritariamente na fonte, e do poluidor-pagador no direito português.

1. Considerações gerais

Os princípios de direito do ambiente, do mesmo modo que as questões ambientais, transcendem as fronteiras dos Estados. Muitos tiveram origem no direito internacional, tendo sido importados pela União Europeia, que, por seu turno, os transmitiu aos Estados-Membros.

Os Tratados europeus, para além dos princípios gerais contidos no Título I do Tratado da União Europeia (TUE) e na Parte I do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), entre os quais se encontram os princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade, da igualdade de tratamento e das competências de atribuição, referem, expressamente, no artigo 11.º do TFUE e no artigo 191.º, n.º 2, os princípios da precaução, da prevenção e o seu corolário, o princípio da correcção prioritariamente na fonte dos danos causados ao ambiente, e o do poluidor-pagador, como princípios orientadores da acção da União para prossecução dos objectivos de protecção ambiental atribuídos à União Europeia.

Não pondo em causa a relevância de outros princípios, como o princípio da integração ou o princípio da informação e participação, que surgem também neste domínio, apenas iremos referir, por questões metodológicas, os princípios que se encontram referidos no artigo 191.º do TFUE, designadamente no seu n.º 2, por sobre eles se ter edificado o actual regime jurídico da responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais², com especial

² Já o desenvolvimento sustentável e o nível elevado de protecção (e melhoria da qualidade)

incidência no princípio do poluidor pagador, uma vez que o legislador europeu o apresenta como princípio basilar deste regime. De facto, complementarmente àquele, quer o princípio da prevenção quer o princípio da precaução são essenciais para se compreender melhor a exigência de uma actuação preventiva por parte dos operadores e das autoridades competentes, perante a ameaça iminente de danos ambientais, matéria em que quer a Directiva 2004/35/CE (DRA) quer o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho (RJRA) são inovadores, se comparados com o sistema tradicional de responsabilidade civil. Aliás, pode dizer-se que os três princípios se relacionam de tal forma que dificilmente se concebe a sua aplicação autónoma. O Tribunal Supremo espanhol referiu-se a tais princípios, numa decisão proferida em 2007, da seguinte forma: «La protección del medio ambiente puede hacerse desde un Derecho reactivo, que haga frente a los daños que ya se han producido (“quien contamina paga”), pasando por un Derecho que haga frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (“prevención”), hasta un Derecho que prevea y evite amenazas de daños desconocidos o inciertos (“precaución”)».³

2. Princípios em que assenta a responsabilidade ambiental

2.1. O princípio da precaução

2.1.1. Algumas considerações gerais

BECK considera que nos finais do século XX, a Natureza se encontra subjugada e esgotada, depois de sujeita, ao longo dos tempos, à intervenção humana, através das mais variadas formas de acção.⁴ De facto, a humanidade tem exercido o seu domínio sobre a Natureza não só para satisfação das suas necessidades, mas também para tentar dominar os perigos que dela advêm.⁵ Para esse efeito, recorreu ao desenvolvimento industrial, científico e tecnológico, ou, simplesmente, à “técnica”, nas palavras de ORTEGA Y GASSET, para quem esta mais não é do que tudo o que o ser humano desenvolve para dominar a Natureza.⁶

do ambiente não são considerados princípios, mas objectivos da União Europeia, tal como resulta do artigo 3.º, n.º 3, do TUE, dos artigos 11.º e 191.º do TFUE e do artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nesse sentido, veja-se TRUILHÉ-MARENGO, E., *Droit de l’environnement de l’Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 137 e ss.

³ Sentença de 15 de Julho, Secção 5.ª, rec. 3796/2007.

⁴ BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986, consultado na versão espanhola *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M.ª Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998, p. 13.

⁵ Veja-se ESTEVE PARDO, J., «El Derecho del medio ambiente como derecho de regulación y gestión de riesgos», em GARCÍA URETA, A. (Coord.), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, LETE, 2005, p. 45; e, do mesmo autor, *Derecho del Medio Ambiente*, 4.ª Ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 28-29.

⁶ ORTEGA Y GASSET, J., «Meditaciones de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía»,

Acontece que, se, por um lado, a técnica e o desenvolvimento são imprescindíveis na intervenção sobre a Natureza e na eliminação dos seus perigos naturais, por outro lado, da sua utilização resultam riscos quer para o ser humano quer para o ambiente. Aqui chegados, torna-se obrigatório fazer a distinção entre perigo e risco, concluindo-se que o perigo tem origem natural e o risco tem origem humana, e que, se não somos responsáveis pelos perigos naturais, já o seremos pelos riscos. Com efeito, ao passo que o perigo tem a sua origem na Natureza, na força desta ou nas suas limitações, o risco é resultado da técnica utilizada pelo ser humano para controlar a Natureza.⁷ ESTEVE PARDO ilustra a diferença entre perigo e risco com o seguinte exemplo lapidar: as pragas e as pestes representam um perigo para o ser humano; o ser humano para as eliminar recorre a tecnologias, por exemplo, pesticidas criados pela indústria farmacêutica; essas tecnologias, por seu turno, vão gerar os seus próprios riscos, quer para o ser humano, quer para o ambiente. Daí se possa dizer que, actualmente, já não estamos tão preocupados com a exposição aos perigos das pestes e das pragas, mas, antes, aos riscos dos pesticidas que criámos para as combater, aos riscos dos organismos que modificámos geneticamente para serem imunes aos pesticidas, aos riscos dos insectos que se alimentaram desses organismos e que vão, por sua vez, ser imunes aos pesticidas. É que, para combater esses insectos, serão criados outros pesticidas que, por sua vez, hão-de trazer consigo novos riscos desconhecidos para o ser humano, uma vez que derivam de organismos até então inexistentes, fruto de manipulação genética, e por aí adiante... Assim se forma, pois, um círculo vicioso, do qual o ser humano dificilmente conseguirá libertar-se. BECK fala de um efeito “boomerang”, no sentido de que, mais tarde ou mais cedo, os riscos acabarão por afectar quem lhes dá origem ou deles beneficia.⁸ No fundo, é certo que o ser humano intervém para controlar um perigo natural, mas rapidamente perde o controlo desse processo, porque, ao inovar, é incapaz de conhecer, com segurança e certeza, as consequências do que é novo e desconhecido também para si. E é aqui que a certeza científica dá lugar à incerteza científica.

A sociedade moderna, mundial e superindustrializada, assenta num novo modelo económico, em que o desenvolvimento industrial, científico e tecnológico – a “técnica” de ORTEGA Y GASSET – fomentam uma produtividade e um consumo exacerbados, criando, inevitavelmente, como já afirmámos, riscos para a saúde humana, para o ambiente e para o próprio planeta.⁹ Ora, uma sociedade

Revista de Occidente, 1.^a Ed., 8.^a Reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 28.

⁷ ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, 2005, pp. 46-47; do mesmo autor, *op. cit.*, 2017, p. 28; e, ainda, «El Derecho del medio ambiente como Derecho de decisión y gestión de riesgos», *Revista Electrónica de Derecho – Universidad de La Rioja*, n.º 4 (Derecho y Medio Ambiente: Problemas Generales), 2006, p. 8, onde reitera que os perigos (naturais) não relevam para o Direito.

⁸ BECK, U., *op. cit.*, p. 43.

⁹ ESTEVE PARDO, J., *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Barcelona-Madrid,

saturada pela técnica, como a sociedade moderna, é uma “*sociedade de risco*”, na expressão criada por BECK.¹⁰ E, por sua vez, o risco moderno é «global, induzido pelo homem, oculto nas causas e magno nas consequências, e intensamente democrático».¹¹

É também neste contexto – de sociedade de risco e de riscos, que podem ser incertos ou desconhecidos – de crescente aumento da complexidade, especialização e tecnicidade das questões, que os órgãos decisores da sociedade têm de actuar. Assim sendo, quando, designadamente em contexto de incerteza, seja necessário tomar decisões de natureza jurídica ou política, o normal será recorrer-se à Ciência. Acontece que, nesta era pós-industrial, esta, amiúde, declara-se incapaz de fornecer respostas seguras sem que antes sejam realizadas experiências, análises, estudos e outros procedimentos. E as respostas podem demorar décadas. Todavia, as decisões jurídicas e políticas não se compadecem com estes prazos. Por isso os decisores (administração pública, legislador e até os juízes), quando necessitam de ter em consideração o estado dos conhecimentos científicos disponíveis das matérias com que têm de lidar (como a tecnologia ou a ecologia), tendem a recorrer a referências dessas áreas da Ciência, através de conceitos técnicos que lhes são próprios (como os das telecomunicações, biodiversidade ou processos ecológicos essenciais), ou à utilização de cláusulas técnicas que remetem para o que o sector tecnológico oferece e determina em determinado momento.¹² Ao remeter para outras áreas do conhecimento, através de conceitos ou cláusulas técnicas, está igualmente a recorrer-se à interpretação e concretização realizadas pelos especialistas daquelas áreas. Como consequência, vamos assistir ao surgimento de movimentos de auto-regulação nas diferentes áreas técnicas e científicas (da comunidade científica internacional, da indústria, dos operadores económicos), que, embora sem natureza vinculativa, acabarão por ocupar espaços de decisão e regulação tradicionalmente pertencentes ao Estado e ao sistema jurídico. Perante tal ameaça, resta ao sistema jurídico manter o domínio e capacidade de decisão neste processo. Para esse efeito, como ESTEVE PARDO aponta, é necessário desenvolver e adaptar, procedendo à respectiva actualização, os mecanismos próprios do Direito, para se poderem aplicar às situações de incerteza, como, por exemplo, recorrer ao estabelecimento de presunções. Note-se que o autor não des-

Fundacion Democracia y Gobierno Local, 2006, p. 9.

¹⁰ BECK, U., *op. cit.*, pp. 16 e 30.

¹¹ AMADO GOMES, C., «A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental», em AMADO GOMES, C., *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. IV, Lisboa, AAFDL Editora, 2014, p. 169.

¹² Cfr. ESTEVE PARDO, J., «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», em DARNACULLETA GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. e SPIECKER GEN. DÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 39 e ss.

carta o recurso às referências de auto-regulação, mas defende aquilo que designa por uma “auto-regulação regulada”.¹³ A título de exemplo, veja-se a DRA, que, no Anexo V, ponto 1.3.1., a propósito da escolha das medidas de reparação do dano ambiental, determina que as mesmas sejam avaliadas “utilizando as melhores tecnologias disponíveis”. Ou pode também recorrer-se ao princípio da precaução.

O princípio da precaução, que encontra tradução na expressão “*better safe than sorry!*”, veio legitimar e permitir a tomada de decisões sobre riscos em relação aos quais não existe certeza científica, decisões essas que se concretizam, por regra, em medidas preventivas ou antecipatórias. Esta incerteza radica no desconhecimento dos efeitos de determinado produto, actividade ou tecnologia, ou na ausência de certeza, informação ou dados suficientes sobre esses efeitos, ou, ainda, na falta de consenso quanto a esses mesmos efeitos, entre a comunidade científica. De facto, a própria Ciência, consciente das suas limitações, tem cada vez mais relutância em apresentar como certezas o que, cuidadosamente, mantém no plano das probabilidades.¹⁴ ESTEVE PARDO defende, no entanto, que a apreciação e avaliação dos riscos tecnológicos, para efeitos da adopção de medidas antecipatórias, cabe à Ciência, mais propriamente aos cientistas, e não ao Direito, com o que tendemos a concordar. Nos casos em que a avaliação daqueles riscos não oferece segurança e nos casos de incerteza científica, aí já deverá ser o Direito a intervir através do recurso ao princípio da precaução¹⁵. É um facto que a ordem jurídica construída sobre seguranças e certezas científicas se depara, actualmente, com um contexto de incerteza científica, no qual as Autoridades públicas têm de intervir e tomar decisões. E, para quem tem de tomar decisões, a incerteza e a falta de conhecimento dos seus pressupostos e fundamentos constitui um sério problema. Ora, como facilmente se infere, as decisões tomadas neste contexto têm, inevitavelmente, consequências adversas no quadro económico em que se inserem, podendo afectar a segurança e a confiança no sistema jurídico.

¹³ Sobre o tema, veja-se também, DARNACULLETA GARDELLA, M., «Autorregulación normativa y Derecho en la globalización», em DARNACULLETA GARDELLA, M., *cit.*, pp. 197-216.

¹⁴ Cfr. ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, 2015, p. 34. O autor refere KARL POPPER como sendo talvez o primeiro a ter percebido a mudança de paradigma da Ciência que da certeza passou à probabilidade, permitindo o surgimento da incerteza na sociedade pós-industrial (POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, 13.^a Reimpressão, Madrid, Tecnos, 2003).

¹⁵ *Ibidem*, p. 39. GARCIA AMEZ também reconhece potencial a este princípio, cujos postulados constituem excepção à regra geral de que o Direito não se pode adiantar à Ciência, devendo, antes, acompanhá-la. GARCIA AMEZ, J., «La responsabilidad ambiental como instrumento de protección del medio ambiente en la Unión Europea y su recepción en el Derecho español», em SILVA JUNIOR, D. B. (Coord.), *Propuestas de derecho para cuestiones jurídicas universales*, Editora Autografía, 2016, pp. 53-54. Veja-se também, a este propósito, EMBID TELLO, A. E., «Retos de la relación Ciencia-Derecho: La procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea», em DARNACULLETA GARDELLA, M., *cit.*, pp. 92-93.

Paradoxalmente, os riscos com que a sociedade moderna se debate resultam, normalmente, de actividades devidamente autorizadas ou licenciadas, que, por regra, observam os requisitos legais e se encontram perfeitamente integradas no tecido industrial e económico da sociedade. São precisamente estas situações que constituem o principal problema, aquelas que, embora cumpram as exigências legais da actividade e do acto que as autorizou ou licenciou, ainda assim são susceptíveis de causar danos. Neste contexto, ou seja, quando não há certeza absoluta sobre a existência de risco e as exigências legais se encontram cumpridas, as Autoridades públicas dificilmente poderão tomar uma decisão preventiva ou antecipatória, como, por exemplo, obstar à comercialização de um produto, decidir a sua retirada do mercado ou determinar o encerramento de uma instalação industrial.

Diferente da incerteza, é o desconhecimento puro e simples dos riscos, quando o estado do conhecimento técnico e científico (*state-of-art*) não permite a sua detecção. Neste caso, a imputação de responsabilidade ao operador torna-se mais difícil e, muitas vezes, é rejeitada pelo legislador, uma vez que aquele desconhece o risco da actividade que exerce.

Num momento em que a valoração dos perigos naturais e dos riscos tecnológicos está na ordem do dia, a importância de uma avaliação da efectiva necessidade dos riscos tecnológicos é inquestionável, sendo certo que estes devem ser imputados a quem lhes dá causa, e a posição de quem a eles se encontra exposto e os suporta injustamente deve ser devidamente acautelada.¹⁶ É um facto que a Ciência pode não controlar e até desconhecer os riscos que resultam da intervenção humana, para se decidir, de forma consciente e responsável, os que devem ser permitidos e os que devem ser, desde logo, descartados. A tomada de consciência da existência desses riscos, em particular do risco abstracto, isto é, aquele que é invisível e imprevisível para o conhecimento humano, exige uma adequação dos mecanismos jurídicos necessários a uma efectiva protecção jurídica do ambiente, especialmente no que se refere à responsabilidade pela prevenção e reparação de danos. Daqui resulta a relevância do princípio da precaução no regime da responsabilidade ambiental, designadamente na sua vertente de prevenção de danos ambientais.

2.1.2. O conteúdo do princípio da precaução

O princípio da precaução constitui um novo paradigma do pensamento e da acção ambiental e é, actualmente, uma referência incontornável quando se fala de riscos.¹⁷

¹⁶ ESTEVE PARDO, J., *Técnica, Riesgo y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 210.

¹⁷ JUSTE RUIZ, J. e CASTILLO DAUDÍ, M., *La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 57. Em sentido contrário, veja-se, EMBID TELLO, A. E., «Reflexiones sobre el uso del principio de precaución como principio del

O princípio da precaução, em direito do ambiente, traduz-se numa actuação a montante, com o intuito de evitar a ocorrência de um dano ambiental, ainda que o risco seja incerto, hipotético ou potencial. No fundo, trata-se de uma nova forma de prevenção de riscos ambientais que afectarão, inevitavelmente, as gerações futuras, o que leva a que seja considerado como uma garantia do direito ao ambiente e do futuro dessas gerações. MORATO LEITE e MELISSA MELO escreveram, a este propósito, que «o ambiente prevalece sobre uma actividade de perigo ou risco e as emissões poluentes devem ser reduzidas, mesmo que não haja uma certeza da prova científica sobre liame de causalidade e os seus efeitos. Assim, devem considerar-se não só os riscos ambientais iminentes, mas também os perigos futuros provenientes da actividade humana e que possam, eventualmente, vir a comprometer uma relação intergeracional e de sustentabilidade ambiental».¹⁸ É, efectivamente, essa preocupação com os efeitos, que determinadas actividades ou produtos poderão ter sobre as gerações futuras, que justifica o princípio da precaução e o associa aos objectivos do desenvolvimento sustentável. Na senda do que PRIEUR já havia defendido¹⁹, esta nova forma de prevenção deveria tornar-se obrigatória, para proteger a sociedade de riscos ambientais desconhecidos ou incertos, e encontra a sua justificação na incerteza científica existente em relação a matérias como a redução da camada do ozono, as alterações climáticas, a erosão dos recursos genéticos, a utilização de organismos geneticamente modificado, ou a utilização de novas tecnologias, como o armazenamento geológico de dióxido de carbono (CCS – *Carbon dioxide capture and geological storage*) e o fracturamento hidráulico (*fracking*), bem como a irreversibilidade de alguns danos causados ao ambiente. Todavia, só são relevantes, para efeitos de aplicação do princípio da precaução, os riscos em relação aos quais exista incerteza científica. Já o mesmo não sucede, por exemplo, com os riscos inerentes à utilização de energia nuclear, uma vez que não subsiste qualquer incerteza quanto à gravidade das consequências da radioactividade no ambiente e na saúde humana. E o mesmo se passa com os incêndios ou com as descargas na água resultantes da utilização de substâncias perigosas.

Derecho de nuevo paradigma», em *Água, Energia, Cambio Climático y otros Estudios de Derecho Ambiental en recuerdo a Ramon Martín Mateo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 309-335.

¹⁸ MORATO LEITE, J. R. e MELO, M. E., «As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais», *Revista Sequência*, n.º 55, dez. 2007, p. 205. Veja-se também GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Público do Ambiente*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 1995. p. 40-41.

¹⁹ PRIEUR, M., *Droit de l'Environnement*, 8.ª Ed., Paris, Précis Dalloz, 2016, p. 195. LOZANO CUTANDA e LAGO CANDEIRA apresentam o princípio da precaução como critério para efeitos de exclusão da necessidade de existência de certeza científica absoluta sobre o risco de determinado fenómeno, actividade ou produto, e sobre a efectividade das medidas adoptadas para redução de possíveis riscos ambientais. Cfr. Dos autores, «El derecho ambiental de la Unión Europea», em LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), LAGO CANDEIRA, A. e LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF. –, 2014, pp. 75-168.

Este princípio habilita as Autoridades públicas a intervirem em áreas em que, à partida, a ausência de certeza científica absoluta inviabilizaria a adopção de medidas preventivas. Essa é a característica que o torna inovador: fundamenta e legitima a actuação das Autoridades públicas face a riscos desconhecidos ou incertos. É que não é admissível que a incerteza científica quanto à ocorrência de danos ambientais resultantes de determinada actividade possa servir de fundamento para a não imposição ou para o adiamento de medidas preventivas, por parte das Autoridades públicas. Pelo contrário, porque o contexto é de incerteza científica, essas medidas devem ser adoptadas o mais cedo possível.²⁰ Daí que EMBID TELLO defenda que se trata de um princípio de acção potestativa não fundamentado na Ciência, mas na decisão política de proteger a população.²¹ No fundo, como assinalou GOMES CANOTILHO, o princípio da precaução traduz-se numa conduta genérica *in dubio pro natura*, em caso de incerteza científica.²²

Apesar de o princípio da precaução ter surgido no âmbito do ambiente, a sua aplicação alargou-se a outros domínios como a saúde pública, a protecção dos consumidores ou a agricultura, áreas em que, quando ocorrem danos, as consequências são, regra geral, graves e afectam interesses colectivos, não se circunscrevem às fronteiras nacionais e têm, por vezes, efeito retardado. Daí que sejam campos privilegiados de aplicação do princípio da precaução diferentes sectores das novas tecnologias, como o electromagnetismo, a nanotecnologia, a biotecnologia ou a engenharia genética. Este princípio também já foi invocado em matéria de comércio internacional (por exemplo, a propósito dos organismos geneticamente modificados), em direito da família²³ e até em direito orçamental.

2.1.3. A consagração do princípio da precaução

²⁰ A este propósito, veja-se EMBID TELLO, A., «El principio de precaución», em SANTAMARIA PASTOR, J. A., (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, 2010, pp. 1221-1254; e LOZANO CUTANDA, B. e ALLI TURRILLAS, J.-C., *Administración y Legislación Ambiental*, 8.ª Ed., Madrid, Dykinson, S. L., 2015, p. 190. Também a propósito de danos resultantes de fenómenos naturais, CONDE ANTEQUERA realça a tensão existente entre a incerteza científica, por um lado, e, por outro, a obrigação que resulta do princípio da precaução de a Administração adoptar medidas preventivas por forma a evitar os efeitos desses danos sobre pessoas e bens. Cfr. CONDE ANTEQUERA, J., «Cambio climático y responsabilidad patrimonial de la administración por daños originados por inundaciones», em ARANA GARCÍA, E (Dir.), *Riesgos Naturales y Derecho: una perspectiva interdisciplinar*, Dykinson, S. L., Madrid, 2017, p. 261.

²¹ EMBID TELLO, A. E., *op. cit.*, 2010, p. 1228.

²² Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., *op. cit.*, 1995, pp. 40-41.

²³ Cfr. a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de 6 de Julho de 2010, processo 41615/07, Neulinger and Shuruk v. Switzerland. Cfr. ARAGÃO, M. A., «Princípio da precaução: Manual de instruções», *CEDOUA*, n.º 22, 2008/2, p. 11.

Analisemos, então, o modo como o princípio da precaução foi acolhido, a nível internacional e na União Europeia.

2.1.3.1. A nível internacional

Foi na década de 70 do século XX que o princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) surgiu, pela primeira vez, no Direito alemão²⁴, com o reconhecimento da necessidade e da legitimidade da adopção de medidas preventivas em matéria de protecção do ambiente, de modo particular no âmbito da poluição atmosférica, sem que, para esse efeito, tenha sido necessária a verificação de um estado de certeza científica.

A nível internacional, o primeiro documento que lhe faz referência é a Carta Mundial para a Natureza, aprovada pelas Nações Unidas em 28 de Outubro de 1982. O seu Princípio 11, alínea b), estipula que as actividades que possam constituir um risco significativo para a Natureza devem ser precedidas de uma análise o mais exaustiva possível e aqueles que pretendem exercê-las devem demonstrar que os benefícios expectáveis superam eventuais danos que o exercício de tais actividades possa vir a causar. Mais do que isso, quando os potenciais efeitos adversos não sejam completamente conhecidos, essas actividades não poderão exercer-se. Esta versão robusta do princípio acabou por se ir esbatendo à medida que entrou em conflito com interesses económicos instalados e com as exigências do comércio internacional, por se recear que, através de uma utilização arbitrária e discriminatória, aquele se tornasse um mecanismo proteccionista dos Estados.

Apesar de, amiúde, ser referido em textos internacionais, o princípio da precaução apenas veio obter consagração internacional na Declaração do Rio, de 1992. Consagra-se, no Princípio 15 da Declaração, que, «de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados» e que, quando haja «ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve ser utilizada como razão para adiar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental». O que se pretendia, de facto, com aquela disposição, era alargar a aplicação das leis internacionais na defesa e protecção do ambiente, mesmo em contexto de incerteza científica. Foi a partir de então que a presença do princípio da precaução, enquanto princípio habilitador da adopção de medidas preventivas e antecipatórias de riscos de danos, em caso de incerteza científica quanto à sua ocorrência ou dimensão, se generalizou em instrumentos internacionais de direito do ambiente.

²⁴ Lei Federal de Protecção contra Emissões alemã (*BundesImmissionsschutzgesetz*), de 15 de Março de 1974, §5.1.2.

Sucedo que o estatuto do princípio da precaução depende, em primeiro lugar, das interpretações jurisprudenciais que dele são feitas. Tradicionalmente visto como um mecanismo de conciliação entre o direito internacional do ambiente e o direito internacional económico, é reconhecido e aplicado por jurisdições internacionais, designadamente pelo órgão de recurso da Organização Mundial de Comércio, pelo Tribunal Internacional de Justiça e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, embora em contextos diferentes.

Convenhamos que, no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC), no Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS²⁵), a abordagem que é feita ao princípio da precaução é assertiva, reconhecendo-se a qualquer dos seus membros a possibilidade de adopção de medidas provisórias desta natureza, quando as provas científicas pertinentes forem consideradas insuficientes. Apesar disso, até à presente data, o órgão de recurso do sistema de resolução de diferendos da OMC tem vindo a recusar a aplicação directa deste princípio, bem como a pronunciar-se sobre o seu valor jurídico.²⁶

Em decisão proferida pelo Tribunal Internacional de Justiça, a 13 de Julho de 2006, a propósito do processo das indústrias de pasta de papel sobre o Rio Uruguai, o juiz *ad hoc* Vinuesa preferiu não qualificar a precaução como um princípio, referindo-se-lhe antes como uma “*precautionary approach*”, relevante

²⁵ Sigla inglesa pela qual é mais conhecido.

²⁶ O órgão de recurso do sistema de resolução de diferendos da OMC acolhe o princípio em termos genéricos, mas as condições que impõe para a sua aplicação limitam a margem de actuação dos Estados, impedindo-os ou dificultando-lhe a adopção de medidas comerciais restritivas fundadas na precaução. Um dos processos em que o órgão de recurso se pronunciou foi o processo em que foram partes a União Europeia (então Comunidade Europeia), por um lado, e os EUA e o Canadá, por outro, onde se discutiam medidas relativas a carne e derivados em cuja produção foram utilizadas hormonas de crescimento. Por entender que as hormonas utilizadas eram nocivas para a saúde, a UE invocou o princípio da precaução, enquanto regra de costume geral, para justificar a adopção de medidas de proibição de importação daqueles produtos. Os EUA pugnaram pela inexistência do princípio da precaução e o Canadá argumentou tratar-se de um princípio emergente, de contornos ainda indefinidos, não podendo, por isso, fundamentar a adopção daquelas medidas. No seu relatório de 5 de Janeiro de 1998, o órgão de recurso reconheceu a existência do princípio da precaução e a sua previsão no Acordo SPS, advertindo, no entanto, para as seguintes condições de aplicação: quando as provas científicas pertinentes são insuficientes, um Estado-Membro poderá adoptar provisoriamente uma medida sanitária ou fitossanitária com base na informação científica disponível, devendo esforçar-se por obter a informação científica necessária a uma avaliação mais objectiva do risco, devendo, em consequência, e em prazo razoável, reavaliar a medida adoptada. Falhando uma destas condições, que são cumulativas, a medida será considerada contrária à OMC. A prova da incerteza científica que determina a aplicação do princípio há-de ser feita pelo Estado que o invoca. O mínimo de controvérsia em relação a esta questão inviabiliza a adopção da medida. Trata-se de um entendimento redutor, que limita a aplicação do princípio e a margem de manobra dos Estados que o pretendem utilizar. Cfr. os processos com as referências WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R. Ver, a este propósito, DIAS VARELLA, M., «Différences d'interprétation sur un même sujet: le principe de précaution, la CIJ, l'OMC et la CJCE», *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 1/2004, 19-29.

para efeitos de interpretação e aplicação das normas, mas sem que desse lugar à inversão do ónus da prova.²⁷ No acórdão proferido no processo *Gabcikovo-Nagymaros*, o mesmo tribunal consagrou o princípio da precaução como princípio consuetudinário.²⁸

A posição do Tribunal de Justiça, em relação ao princípio da precaução, é mais precisa do que a do Tribunal Internacional de Justiça e menos rígida do que a do órgão de recurso de resolução de diferendos da OMC. Como se verá mais à frente, o Tribunal de Justiça tem sido chamado a pronunciar-se, sobretudo a título prejudicial, no âmbito do controlo da legalidade de medidas comunitárias ou nacionais (inscrição de substâncias em listas de substâncias perigosas, decisões de recusa ou retirada de autorizações no mercado de medicamentos, proibição de importação ou comercialização de certos géneros alimentares). Mas, se a situação é, de facto, diferente a nível da UE, tal deve-se às características próprias do direito da UE. Com efeito, ao contrário do que acontece com o direito internacional, o direito da UE define ele próprio as condições do seu primado sobre o direito interno dos Estados-Membros, integrando-se directamente nas respectivas ordens jurídicas, que, por sua vez, estão obrigados a respeitá-lo sob pena de serem considerados em incumprimento.

2.1.3.2. Na União Europeia

No Direito da União Europeia, o princípio da precaução veio a consolidar-se de forma progressiva, de tal forma que integra, actualmente, os princípios estruturantes das políticas públicas da União Europeia. Citando GOTHE, o princípio da precaução «desceu do céu das relações internacionais à terra dos direitos nacionais e europeus».²⁹ Ora, se é certo que, já antes da década de 90 do

²⁷ CAMPINS ERITJA, M., «La regulación de la biotecnología moderna en la Unión Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 53, Zaragoza, 2019, p. 280..

²⁸ O Tribunal Internacional de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicação do princípio da precaução no caso relativo ao Projecto Gabcikovo-Nagymaros, que opôs a Eslováquia à Hungria, e que decidiu em 25 de Setembro de 1997. A Hungria invocou o princípio da precaução e a defesa do ambiente para se desvincular de um acordo internacional para a construção de um sistema de barragens. A Hungria alegava que as normas de direito internacional do ambiente, onde se incluía o princípio da precaução, que surgiram após a celebração do Acordo Gabcikovo-Nagymaros, inviabilizavam a execução deste. O Tribunal entendeu analisar a questão numa perspectiva de responsabilidade civil, mais concretamente de estado de necessidade, entendendo que não se encontravam preenchidos os requisitos exigidos por este instituto, designadamente que o perigo não era grave e iminente, e que a questão ambiental já havia sido devidamente ponderada aquando na celebração do acordo. Apesar de reconhecer o princípio da precaução no texto do acórdão, o mesmo Tribunal, perante a ausência de provas científicas concretas dos perigos invocados, optou por desconsiderar a sua aplicação.

²⁹ Cfr. GOTHE, M., «L'origine et le développement du principe de la précaution. Aspects comparatifs et internationaux», *Revue juridique d'Auvergne «Le principe de précaution»*, Vol. 00/1, p. 34.

século XX, o princípio marcava presença no direito internacional, foi o Tratado da União Europeia que o consagrou, a nível europeu, juntando-o aos demais princípios considerados estruturantes da política da União em matéria de ambiente. O que ocorreu com a sua introdução no n.º 2 do artigo 191.º do TFUE (à data, 130.º-R do TCE), tendo o princípio da precaução, com esta consagração legal, adquirido força constitucional. Não obstante, não encontramos nos Tratados qualquer definição do mesmo, do mesmo modo que não contêm qualquer definição de ambiente ou dos demais princípios.³⁰

O Tribunal de Justiça da União Europeia é que tem desempenhado um papel determinante na edificação de um conceito de precaução, não só lhe definindo os contornos e as condições de aplicação, mas também alargando o seu campo de aplicação. Foi o que aconteceu, designadamente em 2002, quando o Tribunal Geral (TG), à data Tribunal de Primeira Instância, no acórdão *Artegodan*, apresentou uma definição de princípio da precaução como sendo «um princípio geral do direito comunitário que impõe às autoridades competentes que tomem medidas adequadas para evitar certos riscos potenciais para a saúde pública, a segurança e o ambiente, dando prevalência aos imperativos ligados à protecção destes interesses sobre os interesses económicos».³¹ Neste aresto, o tri-

³⁰ RIBEIRO, L., «A relevância do princípio da precaução numa política integrada para o mar», *Revista Nação e Defesa*, n.º 128, Lisboa, Instituto de Defesa Nacional, 2011, p. 143 e AMADO GOMES, C., *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 193 e ss.

³¹ Acórdão do Tribunal Geral [então Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção Alargada)] de 26 de Novembro de 2002, proferido nos processos apensos T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, *Artedogan GmbH* e outros c. Comissão, ponto 184. Mesmo antes de ser integrado pelo Tratado de Maastricht, em 1992, o Tribunal de Justiça já havia admitido, prévia e implicitamente, o princípio da precaução, tornando-o um princípio obrigatório. Nos Acórdãos *Sandoz*, *Bellon* e *Comissão c. Dinamarca*, o Tribunal de Justiça reconheceu o direito dos Estados decidirem o nível adequado de protecção da saúde, incluindo em contextos de incerteza jurídica quanto aos efeitos de determinadas substâncias (Acórdão de 14 de Julho de 1983, proferido no processo C-174/82, *Sandoz*, ponto 16; Acórdão de 13 de Dezembro de 1990, proferido no processo C-42/90, *Bellon*, ponto 11; e Acórdão de 23 de Setembro de 2003, proferido no processo C-192/01, *Comissão c. Dinamarca*, ponto 42.). No Acórdão *Fedesa* (Acórdão de 13 de Novembro de 1990, proferido no processo C-331/88, *Fedesa* e o.), o Tribunal de Justiça validou a interdição por parte das instituições comunitárias da utilização de certas substâncias com efeitos hormonais pelos criadores, mesmo quando não estão disponíveis quaisquer dados científicos certos sobre danos causados por essas substâncias. Antes da sua consagração jurisprudencial, o princípio foi aplicado implicitamente no quadro da fiscalização da proporcionalidade (cfr. Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância proferido em 13 de Julho de 1996, no processo T-76/9, *The National Farmers Union* e o. c. Comissão, pontos n.ºs 82 a 93, especialmente n.º 89). No Acórdão *National Farmers Union* afirmou-se, no que se considera uma primeira definição, que o princípio da precaução permite que, «quando subsistam incertezas quanto à existência ou alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas. Esta análise é corroborada pelo artigo 130.º-R, n.º 1, do Tratado CE, segundo o qual a protecção da saúde das pessoas é um dos objectivos da política da Comunidade

bunal decidiu ainda que, quando a avaliação científica não permita determinar com suficiente certeza a existência do risco, o recurso ao princípio da precaução vai depender, em primeira linha, do nível de protecção pretendido pelas autoridades públicas, no exercício dos seus poderes discricionários.³² Todavia, sustenta que essa escolha deve estar conforme com o princípio da prevalência da protecção da saúde pública, da segurança e do ambiente, sobre os interesses económicos, assim como, de igual modo, deve ter em consideração os princípios da proporcionalidade e da não discriminação. Mais tarde, em 2010, o Tribunal de Justiça reiterou a necessidade de respeito pelo princípio da proporcionalidade, no âmbito da adopção de medidas nacionais de saúde pública em contexto de incerteza jurídica.³³ Em qualquer caso, tem-se por assente que o risco será sempre considerado inaceitável, se puser em causa os direitos das gerações futuras, se implicar perdas irreversíveis, ou se afectar grupos sociais mais vulneráveis.³⁴

São, todavia, centenas os actos adoptados pelas instituições que, de forma expressa, se referem à precaução ou a estratégias precaucionais. E, apesar de o TFUE apenas se referir ao princípio da precaução em relação à política do ambiente, por força do princípio da integração das exigências em matéria de protecção do ambiente na definição e execução das políticas e acções da União³⁵, o mesmo tem, hoje, aplicação em todas as políticas da União Europeia, conforme o tribunal determinou no acórdão proferido no processo C-180/96³⁶.

no domínio do ambiente. O n.º 2 do mesmo artigo determina que essa política, visando um nível de protecção elevado, se baseará, designadamente, nos princípios da precaução e da acção preventiva e que as exigências em matéria de protecção devem ser integradas na distinção e aplicação das demais políticas comunitárias». Mais recentemente, no Acórdão de 24 de Outubro de 2002, proferido no processo C-121/00, Hahn, ponto 133, o Tribunal de Justiça afirmou que, em contexto de incerteza científica, é legítima uma política de tolerância zero face a riscos potenciais para a saúde humana. Ficou, assim, assente que o princípio da precaução implica que, quando subsistam incertezas quanto à existência ou ao alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem tomar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e a gravidade destes riscos estejam plenamente demonstradas. Ver, no mesmo sentido, acórdão do TJUE, proferido em 5 de Maio de 1998, no processo C-157/96, pontos 63 e 64, acórdão de 5 de Maio de 1998, proferido no processo C-180/96, Reino Unido c. Comissão, ponto n.º 99, e acórdão do Tribunal Geral, de 16 de Julho de 1998, Bergaderm e Goupil c. Comissão, ponto n.º 66. Cfr. NAIM-GESBERT, É., «De la précaution comme vrai principe environnemental», *Revue juridique de l'environnement*, Vol. 44, 2019/3, pp. 453-456.

³² Acórdão Artgodan, já citado, ponto 186.

³³ Acórdão do TJUE, de 2 de Janeiro de 2010, proferido no processo C-333/08, pontos 90-91.

³⁴ ARAGÃO, M. A., *op. cit.*, 2008, p. 10.

³⁵ Artigo 11.º do TFUE.

³⁶ Acórdão proferido a 5 de Maio de 1998, C-180/96, Reino Unido c. Comissão.

2.1.4. As condições de aplicação do princípio da precaução

Além de desempenhar um papel fundamental na definição e afirmação do princípio da precaução, o Tribunal de Justiça foi determinante para o estabelecimento das condições da sua aplicação, obrigando a um procedimento de avaliação e gestão rigoroso, com vista a evitar a irresponsabilidade das autoridades públicas relativamente ao exercício da sua função de protecção dos direitos das pessoas³⁷.

A Comissão Europeia também publicou, a 2 de Fevereiro de 2000, uma comunicação que, apesar de não vinculativa, resumia a sua posição em relação ao princípio da precaução.³⁸ Nela sistematizavam-se as condições e forneciam-se orientações, baseadas em princípios razoáveis e coerentes para a sua aplicação e, do mesmo modo, definia-se a posição daquele no âmbito da adopção de medidas antecipatórias. Contudo, apesar do esforço da Comissão, dado que a comunicação não tinha natureza obrigatória, foi necessária a intervenção do Tribunal de Justiça para fixar tais condições. O Conselho Europeu de Nice, já em finais de 2000, adoptou uma resolução em que, acolhendo as orientações anteriormente definidas pela Comissão, alargou a sua aplicação às demais políticas e acções da União Europeia e também à actuação dos Estados-Membros, no cumprimento das políticas europeias.³⁹

Uma coisa é certa, como nos diz MARTIN: a aplicação do princípio da precaução pressupõe a prova da existência de uma incerteza científica.⁴⁰ Ela pode resultar quer do desconhecimento da causa do dano real e comprovado, quer quando não é evidente o nexo causal entre o dano real e comprovado e a causa hipotética, ou, ainda, quando não existe um dano real e comprovado, havendo apenas suspeitas que hão-de corresponder a uma probabilidade mínima. Ou, acrescentamos nós, quando não existe, em qualquer desses casos, consenso científico.

Da análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça resulta que, para haver lugar à aplicação do princípio da precaução, têm de estar preenchidas duas condições. A primeira consiste na obrigatoriedade de se realizar uma avaliação prévia, independente, rigorosa, detalhada e o mais exaustiva possível (acórdão *Pfizer*), da qual há-de resultar a verosimilhança ou plausibilidade de existência de risco (acórdão *Artedogan*).⁴¹ EMBID TELLO sublinha, a esse propósito, a importância da independência da avaliação, uma vez que é nesta fase que ocorre a interferên-

³⁷ Como refere EMBID TELLO, A. E., *op. cit.*, 2010, p. 1223.

³⁸ Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução (COM(2000) 1 final).

³⁹ Resolução do Conselho Europeu de Nice, realizado de 7 a 10 de Dezembro de 2000, sobre o princípio da precaução.

⁴⁰ MARTIN, G. J., «Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité», *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º 40, 28 Novembre 2005, p. 2223.

⁴¹ Acórdão do Tribunal Geral de 11 de Setembro de 2002, proferido no processo T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Conselho*, pontos 43, 44, 155 e 165 e o já citado acórdão *Artedogan*.

cia de interesses que podem distorcer a objectividade das autoridades públicas no momento da decisão. A diversidade de comités técnicos e declarações de interesses dos seus membros, de acesso público, são uma forma de garantir essa independência. Outra garantia é a transparência que resulta da publicação integral, com acesso a todos, de relatórios, pareceres técnicos, protocolos de investigação, resultados e demais informações que integrem o processo de avaliação de riscos. Do mesmo modo, contribuem para uma avaliação isenta a consulta de comités de especialistas de várias áreas científicas, bem como o registo das opiniões minoritárias discordantes nos relatórios ou conclusões a apresentar às autoridades públicas.⁴² A Comissão também recomendava, na sua Comunicação, que, nesta avaliação, se tivessem em especial consideração as opiniões minoritárias e as negativas.⁴³ É certo que os tribunais não entram em considerações de natureza científica, mas exigem uma avaliação global do risco para o ambiente baseada nos dados científicos disponíveis mais fiáveis e nos resultados mais recentes da investigação da comunidade científica internacional (acórdãos *Monsanto*, *Comissão c. França* e *Queisser Pharma*).⁴⁴

A segunda condição consiste na determinação, pelas instituições europeias e pelos Estados-Membros, do nível de risco considerado inaceitável e que, apesar da incerteza científica que exista, exige a adopção de medidas preventivas para a protecção da saúde humana (acórdão *Toolex*).⁴⁵ Daí que a determinação de um nível (in)aceitável de risco seja feita de acordo com a gravidade do dano, que deve ser significativo, perante o bem jurídico ameaçado, e da sua eventual irreversibilidade.⁴⁶ Significa isto que, em matéria de ambiente, a incerteza jurídica há-de reportar-se sempre a um risco significativo para o ambiente.

⁴² Cfr. EMBID TELLO, A. E., «Retos de la relación Ciencia-Derecho: La procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea», em DARNACULLETA GARDELLA, M., ... *cit.*, pp. 95-97.

⁴³ Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução (COM (2000) 1 final), Anexo III. Note-se que esta recomendação acaba por se revelar ineficaz, na medida em que a Comissão exige que as posições acima referidas tenham a sua credibilidade e reputação acreditadas (veja-se o ponto 6.2. da Comunicação), o que dificilmente acontecerá se a comunidade científica não lhes reconhecer essa credibilidade. Cfr. EMBID TELLO, A. E., *op. cit.*, 2015^a, p. 93.

⁴⁴ Acórdão de 9 de Setembro de 2003, proferido no processo C236/01, *Monsanto Agricultura Italia e o.*, ponto 113. Acórdão de 19 de Janeiro de 2017, proferido no processo C282/15, *Queisser Pharma*, ponto 56. Acórdão de 28 de Janeiro de 2010, proferido no processo C333/08, *Comissão c. França*, ponto 92, onde se afirmou que «a aplicação correcta do princípio da precaução pressupõe, em primeiro lugar, a identificação das consequências potencialmente negativas para a saúde pública (...) e, em segundo lugar, uma avaliação global do risco para a saúde baseada nos dados científicos disponíveis mais fiáveis e nos resultados mais recentes da investigação internacional (...)».

⁴⁵ Acórdão do TJUE, de 11 de Julho de 2000, proferido no processo C-473/98, *Toolex*, ponto 45.

⁴⁶ CAMPINS ERITJA, M., *op. cit.*, 2019, p. 279. ESTEVE PARDO explica que seria utópico aspirar a uma situação de risco zero, que seria incompatível com qualquer actividade industrial. Veja-se do autor, *op. cit.*, 2005, p. 10.

O Tribunal de Justiça já foi mais longe ao decidir, no processo C-127/02, a propósito do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 92/43/CEE, de 21 de Maio, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens, que «as autoridades nacionais competentes, tendo em conta a avaliação adequada dos efeitos do plano ou do projecto no sítio em causa, à luz dos objectivos de conservação deste último, só autorizam esse plano ou esse projecto desde que tenham a certeza de que o mesmo é desprovido de efeitos prejudiciais para o referido sítio. Assim acontece, quando não subsiste nenhuma dúvida razoável do ponto de vista científico quanto à inexistência de tais efeitos». LOZANO CUTANDO e LAGO CANDEIRA, em comentário a este acórdão, explicam que esta decisão veio elevar a fasquia: é que já não basta a ausência de plena certeza científica sobre a existência de um risco, para ser exigida a adopção de determinada medida preventiva (*v. g.* uma avaliação de impacte ambiental adequada), sendo obrigatória a sua adopção sempre que não se pode excluir, com base nos dados científicos disponíveis, a ausência de risco para o ambiente⁴⁷. Mais recentemente, em acórdão de 28 de Março de 2019, o mesmo tribunal estabeleceu que, quando for impossível determinar, com certeza, a existência ou o alcance do risco, em virtude de os estudos efectuados se revelarem insuficientes, inconclusivos ou imprecisos, e persista a probabilidade de um prejuízo real para o ambiente na hipótese de concretização do risco, o princípio da precaução justifica sempre a adopção de medidas restritivas, desde que objectivas e não discriminatórias.⁴⁸

Diga-se que o respeito pelos princípios da proporcionalidade e da não discriminação é mais uma das condições de aplicação do princípio da precaução. E tal deve-se ao facto de se reconhecer que as medidas adoptadas neste contexto têm, inevitavelmente, efeitos negativos sobre o sistema económico em que se inserem, pelo que se devem cingir ao estritamente necessário, para se alcançar o nível de protecção pretendido, evitando-se, assim, que este princípio se torne um entrave à inovação, à iniciativa económica e ao comércio livre.

Pela mesma razão, a aplicação destas medidas deve ter um limite temporal. Com efeito, só o decurso do tempo permitirá confirmar se os efeitos se verificam, ou se os dados recolhidos e as experiências realizadas são ou não conclusivos, ou, até, se existe consenso científico. Assim, as medidas deverão ser estabelecidas com carácter provisório, mantendo-se enquanto se considerar que os dados científicos são insuficientes, imprecisos ou inconclusivos e enquanto se considerar que o risco é significativo, a ponto de não ser aceitável que seja a sociedade a assumi-lo. O que é evidente, pois o decurso do tempo é, de *per se*, um factor de superação da incerteza científica, uma vez que a Ciência está em permanente

⁴⁷ LOZANO CUTANDA, B. e LAGO CANDEIRA, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁸ Acórdão de 28 de Março de 2019, proferido nos processos apensos C487/17 a C489/17, ponto 57, e, no mesmo sentido, o já referido acórdão de 19 de Janeiro de 2017, proferido no processo C282/15, *Queisser Pharma*.

evolução. Por isso, as medidas adoptadas devem ser sempre susceptíveis de revisão, acompanhando a evolução do conhecimento relativo aos riscos em causa, podendo e devendo ser alteradas em função de novos resultados entretanto alcançados. E, aqui, só a Ciência pode determinar a aplicação de uma medida de excepção e só ela pode permitir o levantamento da mesma.⁴⁹

JORDANO FRAGA, com quem concordamos, sistematiza os requisitos a observar, para a aplicação do princípio da precaução, assim: incerteza científica, proporcionalidade e não discriminação, gravidade e urgência, carácter provisório, desenvolvimento posterior de investigações destinadas a uma avaliação mais objectiva do risco e, por fim, mas não menos importante, a comunicação ao público.⁵⁰

A verificação das condições de aplicação do princípio da precaução é da competência do Tribunal de Justiça, mas já não lhe cabe determinar quais as medidas antecipatórias ou preventivas a adoptar. É que aquele não tem por objecto definir as medidas a adoptar em determinada situação, mas apenas impor a adopção de procedimentos ou metodologias no processo de decisão. Trata-se, de qualquer modo, mais de um princípio de método do que de acção.⁵¹ Por isso, num panorama de incerteza e de risco grave para o ambiente, será da competência das autoridades públicas a adopção de medidas antecipatórias, adequadas e necessárias, com carácter obrigatório, normalmente restritivas e gravosas para os destinatários. Para esse efeito, e na ausência de conhecimentos científicos que afastem a incerteza ou a ignorância, as autoridades públicas recorrem, frequentemente, à colaboração de peritos, especialistas e autoridades independentes, o que pode ter como efeito adverso a deslocalização para o sector privado do poder de decisão daquelas autoridades.⁵²

ESTEVE PARDO, constatando que o campo de eleição das medidas precautórias são, de um modo geral, as actividades ou instalações autorizadas ou licenciadas, qualifica-as, ainda, como medidas de excepção ao regime jurídico em vigor, regra geral de conteúdo negativo, e justificadas por avaliações e pareceres de carácter científico que alertam para a existência de riscos, apesar do cumprimento das exigências legais por parte das actividades ou instalações que supostamente lhes dão origem. Por essa razão, o mesmo autor afirma que

⁴⁹ Cfr. ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, 1999, p. 56.

⁵⁰ JORDANO FRAGA, J., «Ciencia, tecnologia, medio ambiente y responsabilidad patrimonial de la Administración: en especial, los denominados riesgos del desarrollo», *Documentación Administrativa*, n.º 265-266, Janeiro-Agosto 2003, p. 257.

⁵¹ Cfr. MARTIN, G. J., «La responsabilité en matière d'environnement et le principe de précaution», *Revue Juridique d'Auvergne, Le principe de précaution*, Presses Universitaires de Clermont Ferrand, 2000, p. 166.

⁵² Cfr. ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, 2015, pp. 36-46 e, para uma análise mais desenvolvida, DARNACULLETA GARDELLA, M., *op. cit.*, pp. 197-216.

«el principio de precaución sitúa a la ciencia en una posición soberana, en la cúspide del poder y por encima del derecho, en cuanto la facultad para declarar el estado de excepción»⁵³ e que «sólo quando se pretendan adoptar decisiones que excepcionen o dejen en suspenso el régimen jurídico vigente será necesario invocar este principio, exigiéndose porsupuesto la concurrencia de los presupuestos que lo legitiman».⁵⁴

Em suma, o princípio da precaução pode considerar-se como um mecanismo de protecção do ambiente, cuja ideia principal é a de que as autoridades públicas devem acautelar os riscos potenciadores de danos graves e irreversíveis que possam afectar o ambiente e a saúde, ainda que não se disponha de certezas científicas sobre a sua existência e alcance. Incluir-se-ão aqui, obviamente, os riscos cuja existência, no momento em que são pressentidos, não se encontram cientificamente estabelecidos, não sendo provada nem refutada a sua probabilidade, e também aqueles em relação aos quais, apesar da sua existência comprovada, não seja possível, através de uma análise lógica ou pela experiência, determinar a probabilidade da ocorrência de danos.

A escolha das medidas preventivas incumbirá, então, às instituições e aos Estados, que, para esse efeito, dispõem de inúmeros instrumentos, como a licença ou autorização ambiental, o estabelecimento de valores-limite para emissões poluentes, os estudos de impacte ambiental, a realização de auditorias a empresas que exercem actividades susceptíveis de causarem danos, o sistema de vigilância via satélite e terrestre, o controlo de qualidade do ambiente, etc. Da mesma forma, são considerados como instrumentos adequados os incentivos financeiro e económico, para que os processos produtivos possam ser alterados com vista à redução da poluição, bem como o apoio à criação e transferência de novas tecnologias, a investigação e estudo sobre potencialidades e limitações dos recursos naturais face a uma utilização prudente e racional dos mesmos, a obrigatoriedade de testes, ou o procedimento de notificações prévias à colocação no mercado de novos produtos passíveis de afectarem o ambiente de forma adversa.

O princípio da precaução, no fundo, visa acautelar a ocorrência de riscos desconhecidos, ainda que possam nunca vir a concretizar-se, ou, pelo menos, acontecer num futuro longínquo.⁵⁵ Essa é uma das razões pelas quais ele subsiste como objecto de intenso debate. Os que o contestam entendem, por um lado, que se trata de um princípio vago e desnecessário, uma vez que já existe o mecanismo de avaliação de riscos, e, por outro lado, que põe em causa a ciência e a tecnologia, paralisa a investigação e o progresso científicos, penalizando as empresas,

⁵³ ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, 2017, pp 71-75. Também do mesmo autor, *op. cit.*, 2015, p. 39.

⁵⁴ ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 145-147.

⁵⁵ VAN LANG, A., *Droit de l'Environnement*, 4.^a Ed., Themis, PUF, 2016, p. 97.

cuja competitividade se vê comprometida pelo excesso de regulamentação, e impede a inovação, tudo isto camuflando interesses proteccionistas. Acresce que a sua aplicação é dispendiosa.⁵⁶ Os que o defendem entendem, pelo contrário, que se trata de um princípio racional e cientificamente fundado numa “responsabilidade pelo futuro”⁵⁷, reconhecendo, no entanto, que a sua aplicação pode não conseguir prevenir de maneira eficaz todo o tipo de riscos. ARAGÃO, que acompanhamos nesta questão, sustenta que o princípio da precaução não pode ser considerado como motivo de estagnação ou bloqueio do desenvolvimento científico, sendo antes simplesmente cauteloso em relação aos potenciais danos, caso não sejam feitas as devidas investigações. Por essa razão, considera-o mesmo como fonte de progresso científico, uma vez que incentiva a investigação científica, atenuando a insegurança jurídica na gestão do risco.⁵⁸ Este entendimento é partilhado com SADELEER, que afirma que, «num direito pós-moderno, onde a estrutura fortemente hierarquizada das normas foi substituída por uma interação delicada entre o direito, a ética e a política, este princípio é chamado a preencher uma função crucial: guiar o juiz e a Administração quando pesam os interesses em causa. Longe de exacerbar a insegurança jurídica, o princípio da precaução deve constituir um elemento estável sobre o qual as regulamentações movediças e caóticas podem arrimar-se».⁵⁹ É inquestionável que o direito da União Europeia participou activamente na difusão deste princípio nos direitos nacionais, serenando, dessa forma, as controvérsias doutrinárias sobre o tema.

2.2. O princípio da prevenção

Se a reparação do dano ambiental é importante para o ambiente e para a saúde das pessoas, a prevenção do dano corresponde à própria essência do Direito do Ambiente, constituindo a sua finalidade primeira: prevenir para proteger.

2.2.1. Considerações gerais

A restauração de um ecossistema destruído por um dano ambiental é praticamente impossível, e, ainda que possível, os custos envolvidos seriam de tal forma elevados que tornariam a operação inviável. Sendo impossível a restauração do equilíbrio existente entre os vários componentes do ambiente, os da-

⁵⁶ AMADO GOMES, C., *A prevenção à prova no Direito do Ambiente. Em especial, os actos autorizativos ambientais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 34 e ss.

⁵⁷ JONAS, H., *Le principe de la responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Ed. Champs, Flammarion, 1999, p. 63.

⁵⁸ ARAGÃO, M. A., *op. cit.*, 2008, p. 17.

⁵⁹ DE SADELEER, N., «Les Avatars du Principe de la Précaution en Droit Public. Effet de mode ou révolution silencieuse?», *Revue Française de Droit Administrative*, Mai-Juin, 2001b,, p. 562.

nos ocorridos terão de ser, concomitantemente, considerados como irreversíveis. Constituinte cada espécie extinta uma perda irreparável, podemos dizer que, actualmente, vivemos às custas do capital da Natureza, que vamos delapidando lentamente, e não do que dela podemos obter, como refere SIERRA GIL DE LA CUESTA.⁶⁰ Por esta razão, o ser humano tem não só de alterar o seu *modus operandi*, mas também a sua mentalidade, no sentido de que “mais vale prevenir do que remediar”, pois, como verdade de La Palice, não há remédio para o irremediável.

Só com a prevenção dos danos se consegue assegurar a efectiva protecção do ambiente, daí que se possa afirmar que o Direito do Ambiente se encontra «ancorado no princípio da prevenção»⁶¹, ou que «a actuação preventiva representa a pedra de toque de uma efectiva e racional tutela jurídico-ambiental»⁶².

2.2.2. O conteúdo do princípio da prevenção

O princípio da prevenção consiste na adopção, por antecipação, das medidas necessárias a evitar a ocorrência de danos ambientais, sempre que a existência de um risco real de ocorrência e a contribuição das medidas para o evitar tenham sido cientificamente comprovadas.

A reparação do dano perde, assim, terreno para a prevenção da sua ocorrência. Para esse efeito, ao contrário do que se passa no princípio da precaução, é necessário ter conhecimento dos danos que determinadas actividades são susceptíveis de causar ao ambiente, para que possam ser adoptados os comportamentos adequados para afastar a ocorrência de riscos ambientais. Ora, o conhecimento dos riscos e danos ambientais assenta, necessariamente, num sistema de saber e de pesquisa científica e exige uma actualização permanente da informação. A este propósito, LAUTA, ALBRIS e RAJU defendem que o conhecimento e a inovação científicos desempenham um papel fundamental na identificação das melhores práticas, desenvolvendo novas ferramentas e teorias, e no aperfeiçoamento

⁶⁰ Cfr. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., «Responsabilidad Civil Medioambiental in el Derecho Comunitario», *Responsabilidad civil medioambiental, Estudios de Derecho Judicial*, n.º 80, 2005, p. 39. A este propósito, disse também FIGUEIREDO DIAS que «a prevenção tem, no âmbito do direito do ambiente, um relevo muito especial, devido à natureza muito própria dos bens que se tutelam: o bem jurídico ambiente, sobretudo no que diz respeito aos seus componentes naturais, tem uma natureza única que torna a sua “recuperação” extremamente difícil, quando não impossível. Às enormes dificuldades da reconstituição ‘natural’ juntam-se os seus custos elevadíssimos os quais, em muitos casos, não podem ser impostos aos poluidores. Como tal, o que mais importa na regulamentação jurídica dos comportamentos susceptíveis de produzir efeitos sobre o ambiente, é prevenir danos e agressões ambientais em vez de as (tentar) remediar». Veja-se FIGUEIREDO DIAS, J. E., *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, 2.ª Ed., Cadernos CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2007, p. 15.

⁶¹ GOMES CANOTILHO, J. J., «Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, Coimbra, Almedina, 1994, p. 65.

⁶² GASPAR, P. P., *O Estado de Emergência Ambiental*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 42.

mento de modelos que nos permitem antecipar riscos futuros, fazendo aumentar, desse modo, a influência da Ciência no processo público de tomada de decisões e na elaboração de políticas adequadas.⁶³ A aplicação do princípio da prevenção pressupõe, assim, a prévia identificação da flora e da fauna de determinada área geográfica, das possíveis fontes de poluição, a existência de estudos de avaliação do impacte ambiental e, bem assim, de um planeamento ambiental e económico consentâneo.⁶⁴

2.2.3. A consagração do princípio da prevenção

Importa, agora, analisar a partir de que momento, e como, obteve o princípio da prevenção consagração, em direito internacional e no direito da União Europeia.

2.2.3.1. Em direito internacional

O princípio de que agora nos ocupamos foi consagrado em várias convenções internacionais, bem como na jurisprudência internacional.

A Declaração de Estocolmo já o referia no Princípio 21, ao estabelecer, *in fine*, para «(...) os Estados (...) a obrigação de assegurar-se de que as actividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados, ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional». A Convenção sobre Avaliação dos Impactes Ambientais num Contexto Transfronteiriço (Convenção Espoo), celebrada a 25 de Fevereiro de 1991, sob os auspícios da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (UNECE⁶⁵), reconhece, no seu Preâmbulo, a importância da prevenção, atenuação e vigilância de todo o impacte significativo adverso sobre o ambiente em geral e, em particular, em contexto transfronteiriço. Por seu turno, a Declaração do Rio, de 1992, previa para os Estados a incumbência de adoptarem medidas legislativas eficazes em matéria de ambiente (Princípio 11), e também já se referia à necessidade de ser empreendida a avaliação do impacte ambiental (Princípio 17). Nesse mesmo ano de 1992, a Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste afirmava que as partes contratantes tinham tido em consideração os últimos progressos técnicos realizados e os métodos concebidos, a

⁶³ Ver, a propósito de catástrofes naturais, LAUTA, K. C., ALBRIS, K. e RAJU, E., «La importancia de colmar las lagunas del conocimiento: un estudio sobre los nexos entre ciencia y política en relación a la reducción del riesgo de desastres en Europa», em ARANA GARCÍA, E. (Dir.), ... *cit.*, p. 19.

⁶⁴ Cfr. MATOS, F., *A obrigação de reparação ambiental versus responsabilidade civil: a poluição por hidrocarbonetos, no mar e nos oceanos*, Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2013, pp. 24 e ss.

⁶⁵ Sigla inglesa pela qual é mais conhecida.

fim de prevenir e eliminar, na íntegra, a poluição, e que, paralelamente, se esforçavam por adoptar as melhores técnicas disponíveis e a melhor prática ambiental (artigo 206.^o). Na mesma linha, a Convenção sobre a diversidade biológica, de 1992, precisava que era essencial antecipar e prevenir as causas da redução e perda da diversidade biológica na fonte e, mais do que isso, contrariá-las.

Também o Tribunal Internacional de Justiça, em 1997, no acórdão *Projecto Gabčíkovo-Nagymaros*⁶⁶, havia já sublinhado a importância da vigilância e da prevenção na protecção do ambiente, face ao carácter muitas vezes irreversível dos danos ambientais e das limitações e dificuldades na sua reparação.

2.2.3.2. Em direito da União Europeia

Na União Europeia, o princípio já era referido no Primeiro *Programa de Acção em Matéria de Ambiente*, de 1973, no qual se dizia que a melhor política do ambiente consistia em evitar, desde a origem, todo o tipo de poluição, em vez de combater, mais tarde, os seus efeitos. Também o Terceiro Programa se focou fortemente na ideia da prevenção, sob o lema de «mais vale prevenir do que remediar». Mas foi apenas com o Acto Único que o princípio veio a adquirir força constitucional. Foi ele que introduziu o ambiente no Tratado da Comunidade Económica Europeia, acrescentando-lhe, entre outros, o artigo 130.^o-R (actual 191.^o do TFUE), que expressamente fundava a acção da CEE em matéria de ambiente nos princípios da acção preventiva, da correcção com prioridade na fonte dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador (n.^o 2).⁶⁷ Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça considerou o princípio da prevenção como princípio fundamental da protecção do ambiente, em acórdão de 2008 (*Comissão c. França*).⁶⁸

A ocorrência de desastres, como o caso Fukushima, veio promover uma evolução na abordagem a este princípio que até então era feita. O acidente na central nuclear de Fukushima Daiichi, no Japão, em 2011, causou danos ambientais, económicos e sociais significativos e suscitou preocupação quanto aos seus possíveis efeitos para a saúde da população afectada. Embora desencadeado por um sismo e um maremoto de enormes dimensões, a investigação das causas do acidente revelou uma série de factores previsíveis que se conjugaram, tendo consequências catastróficas, designadamente problemas técnicos graves e recorrentes e deficiências institucionais persistentes, semelhantes aos identi-

⁶⁶ Acórdão proferido no processo Hungria c. Eslováquia, *Projecto Gabčíkovo-Nagymaros*, §140 (veja-se nota 28).

⁶⁷ O princípio da precaução apenas foi introduzido no TFUE em 1992, com o Tratado da União Europeia.

⁶⁸ Acórdão proferido em 9 de Dezembro de 2008, no processo C-121/07, *Comissão c. França*, ponto 69..

ficados nas investigações aos acidentes nucleares de Three Mile Island⁶⁹ e de Chernobyl.⁷⁰ Se, até então, a Europa já estava alertada para a necessidade da prevenção, a partir de Chernobyl mobilizou-se nesse sentido.

2.2.4. A aplicação do princípio da prevenção

A actuação da União Europeia em matéria de ambiente foi sendo ditada pela necessidade inadiável da protecção deste e teve por objectivo conformar e condicionar os comportamentos, com vista a antecipar e evitar práticas lesivas do ambiente.

Em termos gerais, como já se referiu, todos os mecanismos ou instrumentos adoptados em matéria de Direito do Ambiente têm efeitos preventivos, o que torna impossível proceder a uma enumeração exaustiva das manifestações deste princípio. Podemos, todavia, apontar, como exemplos da aplicação do princípio da prevenção, a Directiva 2011/65/UE⁷¹, que restringe o uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos eléctricos e electrónicos; a Directiva 2011/92/UE⁷², relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente⁷³; ou a Directiva 2010/75/UE⁷⁴, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Destacam-se igualmente, por parecerem ser as expressões mais relevantes deste princípio, as autorizações ambientais para actividades potencialmente lesivas do ambiente, os estudos e as avaliações de impacte ambiental, os planos de prevenção de riscos

⁶⁹ O acidente nuclear de Three Mile Island, no condado de Dauphin, perto de Harrisburg, nos Estados Unidos, era considerado o mais grave até à ocorrência dos acidentes de Chernobyl, em Abril de 1986, e de Fukushima I, em Março de 2011. Na central de Three Mile Island deu-se o derretimento nuclear parcial da Unidade 2, devido a falhas no sistema de refrigeração. Em consequência, foram libertados para a atmosfera gases e materiais que contaminaram uma área de cerca de 16 quilómetros em torno da central.

⁷⁰ Como se referiu no Projecto de proposta de Directiva do Conselho que altera a Directiva 2009/71/Euratom, que estabelece um quadro comunitário para a segurança nuclear das instalações nucleares. .

⁷¹ Directiva 2011/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2011, relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos eléctricos e electrónicos.

⁷² Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente.

⁷³ Veja-se LOZANO CUTANDA, B., «La evaluación ambiental de los proyectos y de los planes y programas com incidência ambiental», em LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), LAGO CANDEIRA, A., LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF. -, 2014, *op. cit.*, p. 486.

⁷⁴ Directiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Veja-se VALENCIA MARTIN, G., *Autorización ambiental integrada y licencias municipales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 114; e LOZANO CUTANDA, B., «Técnicas de regulación, limitación y control. Las autorizaciones ambientales», em LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), LAGO CANDEIRA, A., LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF. -, 2014, *op. cit.*, pp. 419 e 423.

naturais previsíveis, os planos de prevenção de riscos tecnológicos, a comunicação prévia de actividades ou as auditorias ambientais. Em termos mais concretos, podem referir-se os diplomas da União Europeia que prevêm o direito de obter e a obrigação de prestar informações sobre o estado do ambiente e os eventuais riscos que o podem afectar de forma significativa.⁷⁵ Da mesma forma, os diplomas que exigem a avaliação de incidências ou dos riscos de determinadas actividades, produtos ou substâncias. Só com o conhecimento do estado do ambiente e dos possíveis riscos é possível protegê-lo de forma eficaz. Para esse efeito, são relevantes as Directivas sobre a avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos ou privados sobre o ambiente⁷⁶, sobre a avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente⁷⁷ e o Regulamento EMAS⁷⁸. Uma outra expressão da aplicação do princípio da prevenção traduz-se na necessidade de autorização administrativa, a conceder pelas autoridades nacionais competentes, para o exercício de determinadas actividades, ou para a utilização de determinados produtos ou substâncias. Pode dizer-se que este é um instrumento fundamental do Direito do Ambiente, quer a nível da União Europeia quer dos Estados-Membros.

Dos exemplos mais relevantes de aplicação do princípio da prevenção, destacamos a DRA, a nível europeu, e o RJRA, a nível nacional, diplomas que vieram instituir o regime jurídico da responsabilidade ambiental e no qual a prevenção ocupa um lugar de destaque. A importância que, neste regime, se dá à prevenção do dano ambiental é uma novidade face ao sistema de responsabilidade por danos causados ao ambiente anteriormente existente, de natureza puramente civil, que pressupunha que o dano já tivesse ocorrido. Tanto na DRA, como no RJRA, que a transpôs, a responsabilidade afere-se não só nos casos em que se verifica um dano, mas também nos casos em que existe uma ameaça iminente de dano. Esta vertente preventiva vem a reflectir-se na imposição, ao operador responsável, da obrigação de adoptar as medidas preventivas necessárias e adequadas para evitar a concretização do dano. Ou então, caso seja a autoridade competente a adoptar essas medidas, na obrigação de o operador suportar os respectivos custos. Diga-se que, em condições normais, um operador preferirá investir em

⁷⁵ Como exemplo, a Directiva 90/313/CEE do Conselho, de 7 de Junho de 1990, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente.

⁷⁶ Directiva 2011/92/UE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente.

⁷⁷ Directiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente.

⁷⁸ Regulamento (CE) 1221/2009 do Parlamento e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativo à participação voluntária das organizações num sistema comunitário de gestão ambiental e auditoria, também designado por Regulamento EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*). Para uma análise mais desenvolvida, veja-se NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Ecoauditorías, Intervención Pública Ambiental y Autocontrol Empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

medidas preventivas a pagar os custos de uma reparação dos danos ambientais, normalmente de valor mais considerável. Daí que se diga que o princípio da prevenção e o princípio do poluidor-pagador estão intimamente relacionados, e assim é, na medida em que haverá lugar à aplicação do princípio do poluidor-pagador quando, esgotada a prevenção, ocorre o dano.⁷⁹

Há, contudo, que apurar se o princípio da prevenção conhece limites, isto é, se, uma vez determinados os riscos para o ambiente decorrentes de determinada actividade, produto ou substância, estes devem ser liminarmente proibidos. A resposta a esta questão deve ser negativa, no sentido de que o princípio da prevenção não é absoluto, por respeito ao princípio da proporcionalidade. Assim, por um lado, torna-se necessário encontrar uma solução de compromisso entre, por um lado, o desenvolvimento económico e social e os seus efeitos no ambiente, e, por outro, a necessidade de prevenção de danos ambientais, o que passa, obrigatoriamente, pela adopção de normas anti-poluição, de normas que fixem limites de poluição e regras de qualidade, ou seja, que fixem valores acima dos quais o nível de poluição seja considerado inaceitável. A fixação destes valores-limite é um dos mecanismos privilegiados pela União Europeia na protecção do ambiente e da saúde das pessoas, e que permite, simultaneamente, a correcção na fonte da poluição.⁸⁰ Há, todavia, quem duvide da eficácia deste mecanismo na prevenção do dano ambiental, por se considerar que o mesmo resulta da combinação do conhecimento científico, que é falível, com a pressão exercida pelos *lobbys* e grupos económicos, acabando por reflectir, por vezes, mais a capacidade económica ou técnica dos operadores do que propriamente os conhecimentos científicos na matéria.⁸¹

2.2.5. Prevenção *versus* precaução

Prevenção e precaução são, pois, conceitos predominantes na política de ambiente europeia, tendo em consideração, dada a natureza específica do dano

⁷⁹ Cfr. CALSTER, G., REINS, L., «The ELD's Background», em BERGKAMP, L. e GOLDSMITH, B. (Eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 27-28.

⁸⁰ É exemplo a fixação de níveis máximos do teor de chumbo e de outras substâncias pesadas nas águas de consumo humano (Directiva 98/83/CE do Conselho, de 3 de Novembro de 1998, relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano), ou as normas de emissão que estabelecem o teor máximo de chumbo na gasolina ou no combustível para motores *diesel* (Directiva 98/70/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998, relativa à qualidade da gasolina e do combustível para motores *diesel*).

⁸¹ Cfr. DE SADELEER, N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/AUF, 1999, p. 126; e TRUILHÉ-MARENGO, E., *op. cit.*, p. 146.

ambiental, o difícil que é, senão as mais das vezes impossível, a sua reparação. Ambos têm como finalidade a protecção do ambiente e evitar a sua degradação.

Como já se referiu, não existem nos Tratados quaisquer definições dos princípios da precaução e da prevenção. KRÄMER considera-os sinónimos, em termos conceptuais, e de aplicação indissociável⁸². Próxima desta posição, AMADO GOMES entende que, atendendo às características da sociedade de risco, o princípio da precaução leva a uma atitude irrealista, pelo que propõe uma leitura do mesmo que o reduz a uma espécie de versão qualificada ou reforçada do princípio da prevenção⁸³, defendendo que, em última instância, prevenção e precaução são sinónimos de uma mesma espécie, na qual a intensidade do risco se manifesta em diferentes graus.⁸⁴ Já PEREIRA DA SILVA desvaloriza o interesse na distinção, considerando preferível a construção de uma noção ampla de prevenção, por considerar ser essa a via mais eficaz e adequada para assegurar aquilo que designa como a “melhor tutela disponível” dos valores ambientais.⁸⁵

Apesar de reconhecermos que a utilização dos princípios da precaução e da prevenção é, na prática, indissociável, uma vez que ambos preconizam a adopção de medidas preventivas/antecipatórias, não acompanhamos a posição destes autores, pugnando, ao contrário, pela autonomia destes princípios, que se distinguem quer «pelas condições de aplicação, como pela natureza das medidas evitatórias que promovem»⁸⁶. Com efeito, o princípio da prevenção pressupõe que as autoridades públicas, União Europeia e Estados-Membros, perante a certeza científica da existência de um risco real e comprovado de dano ambiental e da eficácia de determinada medida para o evitar, adoptem as medidas antecipatórias necessárias para impedir a verificação de um acontecimento previsível. É certo que o princípio da precaução também permite a adopção de medidas preventivas de danos ambientais, mas, neste caso, sem que exista qualquer certeza científica quanto ao risco de dano e à eficácia das medidas para o evitar. Ou seja, o princípio da precaução é aplicável quando não existe prova científica irrefutável do risco e das consequências do dano que determinada actividade ou substância pode causar ao ambiente, enquanto o princípio da prevenção pretende evitar a concretização do risco de ocorrência de um dano ambiental já conhecido e comprovado. ARAGÃO esclarece, a este propósito, que na gestão tradicional

⁸² KRÄMER, L., *EU Environmental Law*, 8th Ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2016, 2016, p. 25.

⁸³ AMADO GOMES, C., *op. cit.*, 2000, pp. 34 e ss.

⁸⁴ AMADO GOMES, C., *op. cit.*, 2014, p. 172. A autora indica, como exemplos da dificuldade de afirmação do princípio da precaução como princípio autónomo, a variação terminológica que este sofre nas convenções internacionais que se lhe referem, as reticências dos tribunais e nas dúvidas da doutrina. Também EMBID TELLO, A. E. («Reflexiones sobre el uso...» *cit.*, pp. 312-313) defende que a precaução não se distingue da prevenção.

⁸⁵ PEREIRA DA SILVA, V *Verde. Cor de Direito*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 67-71.

⁸⁶ Posição já defendida por ARAGÃO, M. A., *op. cit.*, 2008, p.17.

do risco se exigiam «provas científicas concludentes, antes de avançar para a regulação de um produto ou actividade envolvendo riscos. (...) Pelo contrário, a gestão precaucional implica a regulação urgente de riscos hipotéticos, ainda que não comprovados».⁸⁷ Esta autora apresenta o princípio da precaução como nova forma de gestão da incerteza, entendendo que o mesmo constitui uma evolução relativamente à gestão preventiva, em que os actores políticos e os operadores económicos podiam usar e abusar da divergência persistente entre os cientistas como uma desculpa para não agir. Seguindo a mesma fundamentação, NANCY MYERS distingue-os, qualificando o princípio da precaução como um princípio pró-activo, e o princípio da prevenção como um princípio reactivo.⁸⁸

Em suma, a prevenção lida com a certeza científica e a precaução com a incerteza científica, o desconhecido. Pode, então, concluir-se que o princípio da prevenção e o princípio da precaução, embora complementares, são diferentes, correspondendo a precaução a uma forma de prevenção em contexto de incerteza. É irrefutável que ambos os princípios são imprescindíveis para proteger o ambiente e garantir o futuro da humanidade.

2.3. O princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente

O princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente foi inserido no Tratado CEE, em 1987, pelo Acto Único Europeu. GOMES CANOTILHO, versando sobre a política do ambiente, realça, como tarefas do Estado, a adopção de medidas preventivo-antecipatórias, em vez de repressivo-mediadoras, e ainda o controle da poluição na fonte.⁸⁹ O controlo ou correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente traduz-se na actuação directa sobre a fonte da poluição: porque é mais eficaz e, por essa mesma razão, preferível o tratamento da poluição na sua origem, à alternativa de proceder à eliminação das suas consequências *a posteriori*. No fundo, o que se pretende é tornar a fonte de poluição progressivamente mais limpa, corrigindo, dessa forma, o seu desempenho produtivo, o que será conseguido com a utilização, pelo agente económico, que está na origem da cadeia, de meios ecologicamente correctos.⁹⁰

Esta ideia foi explicada pelo Advogado-geral Philippe Léger, nas Conclusões por si apresentadas no processo C-277/02: «(...) o princípio da acção pre-

⁸⁷ ARAGÃO, M. A., *op. cit.*, 2008, p. 20.

⁸⁸ MYERS, N. e RAFFENSPERGER, C. (Eds.), *Precautionary tools for reshaping environmental policy*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2006, p. 35, *apud* ARAGÃO, M. A., *op. cit.*, 2008, p. 19.

⁸⁹ GOMES CANOTILHO, J. J., *op. cit.*, 1995, p. 40.

⁹⁰ MAGELLAN, *Estudo de Avaliação de Tendências Legislativas e Desafios Emergentes no Setor dos Resíduos*. Estudo elaborado no âmbito do Projecto Value Portugal (n.º 16266).

ventiva recomenda que se impeça, desde a origem, a criação de poluição ou de danos, através da adopção de medidas preventivas susceptíveis de erradicar um risco comum. Por seu turno, o princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente significa que a intervenção deve incidir sobre o próprio objecto que provoca, directa ou indirectamente, o impacte no ambiente (...). Também neste sentido, o acórdão proferido no processo C-2/90, Comissão c. Bélgica, a propósito da gestão de resíduos, já definira que os resíduos devem ser geridos o mais próximo possível do lugar da produção, devendo limitar-se ao máximo a sua transferência.

Este princípio foi acolhido no artigo 16.º da Directiva 2008/98/CE, sobre resíduos, e utilizado como fundamento para o encerramento das fronteiras à importação de resíduos tóxicos provenientes de outros Estados. A título de exemplo, e utilizando ainda o caso dos resíduos, podemos dizer que a aplicação do princípio da correcção, prioritariamente na fonte, em termos absolutos, implicaria não fabricar produtos não recicláveis, ou, no caso concreto da indústria automóvel, a produção apenas de veículos não poluentes; ou, ainda, em contexto de economia circular, que o ciclo de vida dos produtos se desenrole o mais próximo possível das primeiras fases (a extracção e a produção), como, por exemplo, a construção com recurso a matérias-primas locais (pedra, madeira). De facto, se a extracção de matérias-primas, a produção, o consumo e a reutilização, recuperação e reciclagem dos produtos for feita sem grandes deslocações, haverá menos necessidade de transportes, menos consumo de energia e, conseqüentemente, menos emissões de dióxido de carbono para a atmosfera.⁹¹ Obviamente que soluções deste tipo são, neste momento, utópicas, de difícil concretização e com repercussões socioeconómicas graves, nomeadamente a nível de produção, de emprego ou de investimentos e custos, questões para as quais nem os produtores nem os próprios Estados estão preparados. Por isso, se atribui às instituições públicas, europeias e nacionais, grande discricionariedade nesta matéria, tanto mais que o Tratado é omissivo quanto ao significado de “correcção”. Uma coisa é certa: este princípio deve ser entendido como um habilitador da actuação das instituições, permitindo-lhes, embora não as obrigue, a adopção das medidas que

⁹¹ A economia circular, ao contrário da linear, assenta num circuito fechado de extracção, produção, consumo e reutilização dos produtos e matérias-primas que os compõem, com vista a reduzir e tornar eficiente a utilização dos recursos naturais e a reduzir a produção de resíduos. Cada indivíduo deve reduzir a produção de resíduos, e, se lhes der origem, reutilizá-los ou reciclá-los (“*reduce, reuse and recycle*”). Paralelamente, pretende-se reforçar a protecção ambiental, criar novas oportunidades empresariais e novos modelos de emprego e incrementar a competitividade europeia. Cfr. GARCÍA GARCÍA, S., «Economía circular: 30 años del principio de desarrollo sostenible evolucionan en el nuevo gran objetivo medioambiental de la Unión Europea», *Revista de estudios europeos*, n.º 71, 2018, pp. 312-313; e WYSOKINSKA, Z., «The “New” Environmental Policy of the European Union: A Path to Development of a Circular Economy and Mitigation of the Negative Effects of Climate Change», *Comparative Economic Research*, Vol. 19, n.º 2, 2016, p. 71.

considerem necessárias e adequadas à correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente.

2.4. O princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador é também um dos princípios orientadores da política ambiental europeia e é sobre ele que assenta o regime de responsabilidade ambiental em termos de prevenção e de reparação de danos ambientais

2.4.1. O conteúdo do princípio do poluidor-pagador

Considerado como a base do regime jurídico da responsabilidade ambiental, o princípio do poluidor-pagador, a que corresponde a expressão “quem contamina, paga”, é um princípio de natureza essencialmente económica, que nasceu de uma interpretação da teoria das externalidades, desenvolvida pelo economista britânico Arthur Cecil Pigou.⁹² De acordo com esta teoria, as externalidades podem ser positivas ou negativas, integrando-se, nestas últimas, o custo que resulta para a sociedade da poluição causada pela produção de determinado produto. Assim, segundo Pigou, os custos sociais externos inerentes à produção industrial (como o custo da reparação do dano ambiental causado pela poluição) devem ser internalizados, isto é, devem ser assumidos pelos agentes económicos que os causaram e integrados nos seus custos de produção.⁹³ O princípio do poluidor-pagador intervém, efectivamente, sobre as externalidades negativas resultantes da actividade económica dos agentes. Este princípio, como refere GOMES CANOTILHO, «nos planos jurídico e político, (...) atenua a injustiça social resultante dos encargos à sociedade (efeitos secundários) não incluídos nas decisões de produção ou de consumo por parte dos agentes poluidores».⁹⁴ Já para JORDANO FRAGA, o mesmo princípio consiste

⁹² Pigou estudou o conceito de externalidade introduzido por Marshall (MARSHALL, A., *Principles of Economics*, London, Macmillan, 1890), que constatou que o preço de mercado dos bens podia não reflectir, com rigor, os custos e benefícios resultantes da sua produção ou consumo. Cfr. ARAGÃO, A., *O princípio do poluidor-pagador. Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, em MORATO LEITE, J. R. e BENJAMIN, A. H. (Coord.), *Colecção Direito Ambiental para o século XXI*, Vol. I, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 31.

⁹³ Ver, GARCIA, M. G., *O lugar do direito na protecção do ambiente*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 173-175. Segundo a autora, no entender de Pigou, «o Estado volve-se em gestor do ambiente, um gestor de bens escassos, degradados, não renováveis, bens que, por isso mesmo, exigem um cuidado especial na sua preservação, até porque, sabemos hoje, desse cuidado decorre a sustentabilidade da vida na Terra».

⁹⁴ GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, 1995, p. 43. ARAGÃO explica que as externalidades ambientais negativas, numa perspectiva jurídica, são consideradas fonte de injustiças sociais, quando suportadas pela sociedade, e, numa perspectiva económica, traduzem uma afectação dos recursos ineficiente, consequência de uma *market failure* (falha do mercado). Cfr. ARAGÃO, M. A., *op. cit.*, 2014, p. 36.

em optar, de entre as várias alternativas possíveis de distribuição dos custos da poluição, por aquela em que os custos recaem sobre o poluidor directo.⁹⁵ Assim, tem por finalidade imputar ao agente poluidor os custos sociais decorrentes da poluição que causou.

BETANCOR RODRIGUEZ apresenta, todavia, aquela que consideramos ser a leitura mais completa do princípio do poluidor-pagador.⁹⁶ De acordo com este autor, o princípio desempenha três funções: a obrigação de quem provoca a poluição reparar os danos e prejuízos causados, ou seja, uma função reparadora; um objectivo dissuasor, na medida em que a perspectiva de ter de assumir a reparação e respectivos custos pode ser um factor de persuasão para quem pondere adoptar comportamentos lesivos do ambiente; e, por fim, uma função de internalização de custos ambientais, na medida em que o custo final de produção ou de consumo há-de integrar os custos ambientais. Daqui decorre que o maior problema relativo à aplicação do princípio do poluidor-pagador reside na determinação do montante a pagar pelo poluidor responsável, para que o mesmo possa desempenhar, simultaneamente, as três funções que o autor lhe atribui: a função reparadora, dissuasora e a internalização dos custos.

2.4.2. A consagração do princípio do poluidor-pagador

Vejamos, então, quando, e como, foi reconhecido o princípio da precaução, em direito internacional e no direito da União Europeia.

2.4.2.1. Em direito internacional

O princípio do poluidor-pagador foi invocado, pela primeira vez, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), na Recomendação de 26 de Maio de 1972, a propósito dos princípios directores relativos aos aspectos económicos das políticas do ambiente.⁹⁷ De acordo com aquela recomendação, deverão ser imputados ao poluidor os custos relativos às medidas de combate e de prevenção da poluição adoptadas pelos poderes públi-

⁹⁵ JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 137 e ss. Ainda a este propósito, veja-se BELTRÁN CASTELLANOS, J. M., *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Pamplona, Aranzadi, 2018b, pp. 38 e ss.

⁹⁶ BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*, Madrid, BOE, 2018, p. 38.

⁹⁷ Inicialmente, o princípio do poluidor-pagador foi enunciado na Recomendação C (72) 128, de 26 de Maio de 1972, e uma segunda Recomendação, de 14 de Novembro de 1974 (C (74) 223), veio precisar a sua aplicação, prevendo a possibilidade de introdução de excepções ao princípio, nomeadamente no que se refere à permissão de concessão de auxílios aos poluidores (subvenções, benefícios fiscais), desde que seja selectiva, limitada no tempo e adaptada a situações regionais concretas.

cos, para assegurar a utilização racional dos recursos naturais e evitar distorções da concorrência. Dessa forma, o custo daquelas medidas há-de repercutir-se no custo dos bens e serviços cuja produção ou consumo é fonte de poluição.

Inicialmente de natureza económica, o princípio evoluiu para princípio jurídico aplicável à política do ambiente, transmitindo uma ideia de responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados ao ambiente e à saúde humana, o que se traduz no facto de as actividades económicas deverem respeitar o ambiente e de terem em consideração os custos ambientais inerentes ao seu exercício.

A obrigação de indemnizar por danos ambientais e ecológicos já constava da Declaração de Estocolmo de 1972 e da Carta Mundial da Natureza de 1982, mas, a nível internacional, o princípio do poluidor-pagador apenas foi consagrado, efectivamente, no Princípio 16 da Declaração do Rio de 1992, no qual se afirmava que as autoridades nacionais se deveriam esforçar por promover a internalização dos custos com a protecção do ambiente, utilizando os instrumentos económicos adequados, uma vez que é ao poluidor que incumbe assumir o custo da poluição, com respeito pelo interesse público, e evitando causar distorções ao comércio internacional e ao investimento. Posteriormente, o princípio veio a ser invocado para justificar a adopção de regimes de responsabilidade objectiva em matéria de ambiente, como é o caso da Convenção de Lugano, sobre a responsabilidade por danos resultantes de actividades perigosas para o ambiente, considerada como a primeira proposta de regulamentação comum sobre responsabilidade por danos ambientais.

2.4.2.2. Na União Europeia

Por seu turno, a nível europeu, o princípio do poluidor-pagador foi reconhecido no Primeiro *Programa de Acção em Matéria de Ambiente*⁹⁸ e, posteriormente integrado, pelo Acto Único Europeu, no Tratado da Comunidade Económica Europeia. Actualmente, encontra-se consagrado no artigo 191.º, n.º 2, do TFUE e é um dos princípios da acção da União Europeia em matéria de ambiente. É, aliás, considerado por muitos como a pedra angular do direito ambiental.

No âmbito da União Europeia, o princípio do poluidor-pagador corresponde, à semelhança do que acabou de se referir, à ideia de que os custos da poluição devem ser imputados ao “agente poluidor”, que, segundo a definição do Conselho, é «a pessoa física ou colectiva, de direito privado ou público que,

⁹⁸ Sobre o princípio do poluidor-pagador na União Europeia, veja-se TRUILHÉ-MARENGO, E., *op. cit.*, pp.171 e ss; LOZANO CUTANDA, B. E ALLI TURRILLAS, J.-C., *OP. CIT.*, PP. 193 E SS; DE SADELEER, N., *OP. CIT.*, 1999, PP. 55 E SS; E GARCIA AMEZ, J., *OP. CIT.*, PP. 45 E SS.

directa ou indirectamente, causa danos ao ambiente, ou cria as condições para que tais danos ocorram»⁹⁹.

No Quinto *Programa Comunitário em Matéria de Ambiente* já se previa, a propósito dos resíduos, que a «utilização de instrumentos económicos e fiscais terá de passar a constituir uma parte cada vez mais importante da abordagem global, tendo em vista o estabelecimento correcto dos preços e a criação de incentivos, baseados no mercado, a um comportamento económico benéfico ao ambiente», [tendo estes instrumentos por objectivo] «internalizar todos os custos ambientais externos suportados durante a totalidade do ciclo de vida dos produtos, desde a sua origem até à eliminação final, passando pela produção, distribuição e utilização, de forma a que os produtos não prejudiciais ao ambiente não fiquem em posição concorrencial desfavorável no mercado face aos produtos poluidores».¹⁰⁰

De acordo com esta leitura, é inevitável que a obrigação de suportar os custos das medidas necessárias à eliminação da poluição, ou à sua redução para níveis considerados aceitáveis, deva recair sobre o agente poluidor. Foi pretendido, então, que os agentes económicos adoptassem práticas benéficas para o ambiente, de modo a evitar, por um lado, que o custo ambiental fosse suportado pela sociedade e, por outro, que os produtos poluentes tivessem, em termos concorrenciais, vantagem sobre os não poluentes.

Indo um pouco mais além, o Livro Branco da Comissão sobre responsabilidade ambiental, de 9 de Fevereiro de 2000¹⁰¹, já considerava a responsabilidade ambiental como uma forma de implementar os vários princípios da política ambiental referidos no Tratado da Comunidade Europeia, atribuindo papel de destaque ao princípio do poluidor-pagador.

Foi com a adopção da Directiva 2004/35/CE, sobre a prevenção e reparação dos danos ambientais, que impõe a adopção de medidas de prevenção, em caso de ameaça iminente de dano ambiental, e de medidas de reparação, no caso de verificação do dano, que se estabeleceu o actual regime de responsabilidade ambiental, que passou a distinguir a responsabilidade subjectiva da responsabilidade objectiva, aplicável às actividades económicas consideradas perigosas e que é aquela que, em nosso entender, melhor representa o princípio do poluidor-pagador. Reforçando tais objectivos com a DRA, o princípio do poluidor-pagador passou a ter, igualmente, de forma explícita, uma finalidade preventiva. Com efeito, a sua aplicação pretende, agora, garantir a reparação do dano ambiental por parte do agente responsável e que este assuma, da mes-

⁹⁹ Recomendação 75/436 EURATOM, CECA e CEE, do Conselho, de 3 de Março de 1974, relativa à imputação de custos e à intervenção dos poderes públicos em matéria de ambiente.

¹⁰⁰ Cfr. p. 71 do Programa.

¹⁰¹ Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental (COM(2000) 66 final).

ma forma, os custos das medidas preventivas necessárias a evitar a ocorrência do possível dano. Tal decorre, também, do artigo 191.º, n.º 2, do TFUE, que põe em relevo o princípio da correcção, prioritariamente na fonte, associando a finalidade preventiva à finalidade reparadora.

2.4.3. A aplicação do princípio do poluidor-pagador

Os principais instrumentos de aplicação do princípio do poluidor-pagador são as normas anti-poluição, a fiscalidade ambiental, os mercados de emissões e a responsabilidade ambiental, designadamente as medidas de reparação do dano ambiental.

O que se pretende com as normas anti-poluição é impor aos poluidores, normas técnicas cujos custos terão de suportar. São disso exemplo as normas que determinam os limites máximos de resíduos para veículos automóveis, com o objectivo de reduzir a poluição atmosférica. Trata-se de um mecanismo relativamente simples e de aplicação automática, mas não totalmente satisfatório, uma vez que este tipo de normas tem de conciliar o desenvolvimento tecnológico com a capacidade financeira dos poluidores, sendo que, por regra, se privilegiam, normalmente, os interesses económicos em detrimento da protecção do ambiente e, conseqüentemente, da saúde humana. Se, por um lado, se trata de um instrumento de fácil aplicação, por outro, exige um sistema de controlo que assegure que as normas anti-poluição estão a ser efectivamente respeitadas. Acresce que este mecanismo padece de alguma rigidez, uma vez que a revisão deste tipo de actos jurídicos envolve procedimentos burocráticos demorados, que não acompanham o desenvolvimento tecnológico e científico, mais célere, o que pode constituir um entrave à inovação e à competitividade.

Através da fiscalidade ambiental, na modalidade de taxas ou impostos, permite-se fazer recair sobre o poluidor uma contribuição obrigatória, definida pelo legislador, e destinada a restaurar o ambiente das lesões que lhe são infligidas. Se, por um lado, este mecanismo pretende integrar o custo dos danos ambientais causados pelo exercício das actividades dos agentes económicos nos custos por estes suportados, por outro, permite provocar um efeito dissuasor, no sentido de levar o poluidor a adoptar práticas em consonância com o princípio do poluidor-pagador.

Em relação aos mercados de emissões, a sua origem remonta à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (CCNUCC), celebrada em 1992. Por seu turno, a União Europeia instituiu, através da Directiva 2003/87/CE, um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, com o objectivo de promover a redução das emissões em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes.

Por fim, e assumindo como pressuposto que a actividade económica é potencialmente poluidora e que os respectivos agentes devem ser responsabilizados, o princípio do poluidor-pagador exige o estabelecimento de um regime de responsabilidade por danos causados ao ambiente e aos recursos naturais, que os obrigue a prevenir e a reparar os danos ambientais. Foi precisamente este o regime que foi estabelecido pela União Europeia, através da Directiva 2004/35/CE.¹⁰² Efectivamente, a DRA é o primeiro acto da União Europeia que tem por objecto a aplicação do princípio do poluidor-pagador, e nela estabelece-se um quadro de responsabilidade ambiental, com vista a prevenir e reparar os danos causados a animais, plantas, *habitats* naturais, à água e ao solo. O Considerando 2 da DRA define que a «prevenção e a reparação de danos ambientais devem ser efectuadas mediante a aplicação do princípio do poluidor-pagador, previsto no Tratado e em consonância com o princípio do desenvolvimento sustentável». Daqui resulta evidente a articulação entre o princípio do poluidor-pagador e o princípio da prevenção, isto é, aquele entra em acção quando a prevenção deixa de ser eficaz e o dano ocorre efectivamente. Podemos dizer que o princípio fundamental da DRA é o da responsabilização financeira do operador cuja actividade tenha causado danos ambientais, ou seja, iminente a ameaça dos mesmos, a fim de induzir os operadores a tomarem medidas e a desenvolverem práticas que contribuam para a redução daqueles riscos ambientais. O Considerando 18 da DRA acrescenta, ainda, que «o operador que cause danos ambientais ou crie a ameaça iminente desses danos deve, em princípio, custear as medidas de prevenção ou reparação necessárias. Se a autoridade competente actuar, por si própria ou por intermédio de terceiros, em lugar do operador, deve assegurar que o custo em causa seja cobrado ao operador. Também se justifica que os operadores custeiem a avaliação dos danos ambientais ou, consoante o caso, da avaliação da sua ameaça iminente.»

Não podemos, pois, deixar de reconhecer que a DRA é o acto da União Europeia que melhor traduz a essência do princípio do poluidor-pagador. De qualquer forma, a Directiva 2008/98/CE¹⁰³, relativa a resíduos, que consagra o princípio da responsabilidade alargada do produtor, também lhe dá voz, ao consagrar a exigência de que os custos da eliminação dos resíduos sejam suportados

¹⁰² Já era este o sentido do Livro Verde sobre a reparação dos danos causados no ambiente e do Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental. Estes textos abandonam uma interpretação puramente económica do princípio do poluidor-pagador e convertem-no num mecanismo jurídico, para fazer com que quem polui pague pelos danos que cause. Nesse sentido, RUDA GONZÁLEZ, A., *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de Octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, p. 58.

¹⁰³ Directiva 2008/98/CE do Parlamento e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008.

pelo seu detentor actual, pelos anteriores detentores dos resíduos, ou pelos produtores do produto que lhes deu origem.

O princípio do poluidor-pagador está presente nos Tratados e no direito derivado, mas a jurisprudência da União Europeia também lhe faz referência. Veja-se, por exemplo, o que o Tribunal de Justiça, por decisão de 24 de Junho de 2008, a propósito do desastre ecológico causado pelo cargueiro Erika, determinou. Com efeito, estabeleceu a assumpção dos custos associados à eliminação dos resíduos gerados pelo derrame acidental de hidrocarbonetos no mar pelo produtor do produto gerador dos resíduos, que, devido à sua actividade, contribuiu para o risco de ocorrência da poluição ocasionada pelo naufrágio do navio, em clara aplicação do princípio do poluidor-pagador.¹⁰⁴ Mais recentemente, já a propósito da Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidade ambiental, o Tribunal veio reafirmar o conteúdo do princípio do poluidor-pagador, ao permitir a não imposição da adopção de medidas preventivas e de reparação aos actuais proprietários de um terreno, que não são responsáveis pela poluição, ficando apenas obrigados ao reembolso das despesas relativas às intervenções efectuadas pela autoridade competente até ao limite do valor de mercado do sítio, determinado após a execução dessas intervenções (acórdão *Fipa Group e o.*)¹⁰⁵

3. Os princípios da precaução, da prevenção, da correcção, prioritariamente na fonte, e do poluidor-pagador no direito português

Os princípios da precaução, da prevenção, da correcção, prioritariamente na fonte, e do poluidor-pagador também se encontram expressamente consagrados no direito português.

O diploma mais recente e mais importante que, em termos gerais, os refere é a Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril, que define as Bases da Política do Ambiente (LBPA) e revogou a anterior Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, Lei de Bases do Ambiente (LBA). Do artigo 3.º daquele diploma legal constam aqueles que são considerados pelo legislador português os princípios materiais de ambiente a que está subordinada a actuação pública nessa matéria. Entre eles encontram-se os princípios da prevenção e da precaução, «que obrigam à adopção de medidas antecipatórias, com o objectivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactes adversos no ambiente, com origem natural ou humana, tanto em face de perigos imediatos e concretos, como em face de riscos futuros e incertos, da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos»

¹⁰⁴ Acórdão de 24 de Julho de 2008, proferido no processo C-188/2007, *Commune de Mesquer c. Total France SA e Total International Ltd.*

¹⁰⁵ Acórdão do TJUE, de 4 de Março de 2015, proferido no processo C-534/13, *Fipa Group e o.*

(alínea c)). A redacção desta disposição veio, efectivamente, clarificar a questão do ónus da prova, no sentido de que o princípio da precaução faz recair sobre quem introduz o risco, no meio ou no mercado, o ónus de demonstrar que tomou as medidas necessárias e adequadas, de acordo com as melhores técnicas disponíveis para o obviar ou minorar, ou seja, como AMADO GOMES explica, o ónus de demonstrar que o risco está controlado ao nível do tolerado.¹⁰⁶ Apesar da sua consagração legal, a aplicação do princípio da precaução tem sido, até à presente data, descartada pelos tribunais portugueses.¹⁰⁷

Embora referidos na mesma alínea, já vimos que o princípio da prevenção se distingue do princípio da precaução pelo critério da (in)certeza científica: o primeiro actuará em face de perigos imediatos e concretos, conhecidos e comprovados, enquanto o segundo será utilizado em contexto de riscos futuros e incertos, desconhecidos ou não comprovados. Apesar de expressamente referido na LBPA, o princípio da precaução não estava previsto na antiga LBA, que apenas contemplava, de forma directa, o princípio da prevenção como um dos princípios específicos a cuja observância obrigava o princípio geral de que todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender, incumbindo ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, promover a melhoria da qualidade de vida quer individual quer colectiva¹⁰⁸. De acordo com o princípio da prevenção, tal como ali se prescrevia, «as actuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipativa, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correcção dos efeitos dessas acções ou actividades susceptíveis de alterarem a qualidade do ambiente, sendo o poluidor obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a acção poluente»¹⁰⁹. Era, por isso, clara a referência que, ainda que indirectamente, se fazia ao princípio da correcção na fonte dos danos ambientais, corolário do da prevenção.

A mesma disposição refere, igualmente, o princípio do poluidor-pagador, enquanto princípio que obriga o responsável pela poluição a assumir não só os custos da actividade poluente, mas também os da introdução de medidas internas de prevenção e controle, necessárias para combater as ameaças e agressões ao ambiente (alínea d)) e que, na nova LBPA, passou a ter direito a tratamento autónomo.

¹⁰⁶ Cfr. AMADO GOMES, C., *Tutela Contenciosa do Ambiente. Uma amostragem da jurisprudência nacional*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, 2019, p.15. A autora acrescenta que não se trata de provar que o risco é zero, o que constituiria uma violação do direito à tutela efectiva do requerido.

¹⁰⁷ Cfr. acórdão do TCAN de 13.03.2020, proferido no processo 00365/17.5BEBRG-A.

¹⁰⁸ Artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril.

¹⁰⁹ Artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril.

A Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água), já previa, no seu artigo 3.º, que, além dos princípios gerais consignados na Lei de Bases do Ambiente, então em vigor, a gestão da água deveria observar vários princípios, entre eles: o da precaução (alínea f)), nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacto negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas, mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles; o princípio da prevenção (alínea g)), por força do qual as acções com efeitos negativos no ambiente devem ser consideradas de forma antecipada, por forma a eliminar as próprias causas de alteração do ambiente, ou reduzir os seus impactes quando tal não seja possível; o princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente (alínea h)) e da imposição ao emissor poluente de medidas de correcção e recuperação e dos respectivos custos; e o princípio do poluidor-pagador (alínea d)), no qual assenta o princípio do valor económico da água e por força do qual se consagra o reconhecimento da escassez actual ou potencial deste recurso e a necessidade de garantir a sua utilização economicamente eficiente.

A Lei de Bases da Protecção Civil, Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho¹¹⁰, também incluía, no seu artigo 5.º, nos princípios especiais aplicáveis às actividades de protecção civil, o princípio da prevenção (na alínea b)), por força do qual os riscos de acidente grave ou de catástrofe devem ser considerados de forma antecipada, de modo a eliminar as próprias causas (aqui, numa clara referência à correcção, prioritariamente na fonte, ou a reduzir as suas consequências, quando tal não seja possível), e o princípio da precaução (na alínea c)), de acordo com o qual devem ser adoptadas as medidas de diminuição do risco de acidente grave, ou catástrofe inerente a cada actividade, associando a presunção de imputação de eventuais danos à mera violação daquele dever de cuidado.

A Lei da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho¹¹¹, também refere, no seu artigo 4.º, alínea e), o princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacto negativo de uma acção sobre a conservação da Natureza e a biodiversidade devem ser adoptadas, mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles.

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que institui o RJRA, em transposição da DRA, assenta o regime da responsabilidade ambiental, à semelhança do que aquela fez, no princípio do poluidor-pagador, dando particular ênfase a uma vertente preventiva, no que é inovador, fazendo, assim,

¹¹⁰ Na versão introduzida pela Lei n.º 80/2015, de 3 de Agosto. Também sofreu alterações anteriores, em virtude da Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro; da Rectificação n.º 46/2006, de 7 de Agosto; e da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho.

¹¹¹ Rectificado pela Rectificação n.º 53-A/2008, de 22 de Setembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 242/2015, de 15 de Outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2016, de 12 de Agosto.

a conjugação daquele princípio com o da prevenção. O princípio do poluidor-pagador não é o único a ser implementado pelo RJRA. Também o são os restantes princípios a que se refere o artigo 191.º, n.º 2, do TFUE: o princípio da precaução, quando se incentiva à internalização dos custos dos danos e, em particular, à constituição de garantias financeiras; o princípio da prevenção, que resulta directamente do artigo 5.º, relativo às acções de prevenção; e o princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos, que se encontra patente nas medidas de reparação, em particular nas medidas de reparação primária.¹¹²

Em suma, todos os princípios estruturantes da política do ambiente da União Europeia, a que se refere o artigo 191.º, n.º 2, do TFUE, encontram eco, de forma directa ou indirecta, no ordenamento jurídico português. Da análise dos diplomas acabados de referir, pode concluir-se que também o legislador português trata autonomamente, distinguindo-os, os princípios da prevenção e da precaução, encontrando-se este último irrefutavelmente associado à incerteza científica.

¹¹² Artigo 6.º e Anexo II. Veja-se, neste sentido, Commission Staff Working Document – REFIT Evaluation of the Environmental Liability Directive (SWD(2016) 121 final), *cit.*, p. 11.



OS DESAFIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO ATUAL

CHALLENGES IN INTERPRETATION AND APPLICATION OF CURRENT BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Luciano Anderson de Souza¹
Tarsila Fonseca Tojal²

DOI: <https://doi.org/10.34628/ffef-2j3>

Resumo: A interpretação e a aplicação do Direito Penal brasileiro perpassam por momentos desafiantes. Não apenas a metodologia tradicional vê-se cotidianamente equacionada pelo expansionismo penal em curso nas últimas décadas, como a postura da jurisprudência, o conteúdo mesmo das regras penais, mormente de matriz diferenciada – isto é, penal econômica –, como a internacionalização deste ramo jurídico, colocam em xeque antigas balizas, conformando um novo limiar, significativamente distanciado daquele imaginado pelos positivistas.

Palavras-chave: Interpretação jurídica; Aplicação do Direito Penal; Expansão jurídico-criminal; Direito Penal Econômico; Jurisprudência brasileira.

Abstract: Interpretation and application of Brazilian Criminal Law are going through challenging times. Not only is the traditional methodology seen on a daily basis by the criminal expansionism underway in recent decades, but also the stance of jurisprudence, the content of criminal rules, especially of a different matrix – that is, economic criminal –, as well as the internationalization of this legal branch, call into question old guidelines, creating a new threshold, significantly different from that imagined by positivists.

Keywords: Legal interpretation; Criminal law application; Legal-criminal

¹ Professor Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP.

² Bacharel e Mestranda em Direito Penal pela USP.

expansion; Economic criminal law; Brazilian jurisprudence.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O papel da jurisprudência brasileira; 3. O Direito Penal Econômico e sua complexa interpretação; 3.1. Desafios estruturais trazidos pelo Direito Penal Econômico; 3.2. Desafios conjunturais trazidos pelo Direito Penal Econômico; 4. Aspectos da internacionalização do Direito Penal; 5. Perspectivas sobre a interpretação e aplicação do Direito Penal brasileiro; Bibliografia.

1. Considerações iniciais

A interpretação e a aplicação do Direito Penal consistem em tarefas bastante complexas, mormente nos dias que correm, marcados por profunda inflação legislativa, fruto do expansionismo penal levado a efeito principalmente nas últimas décadas. A aferição do preciso regramento vigente e incidente ao específico caso concreto, assim como a conclusão por seu verdadeiro sentido e alcance, não raro enseja uma análise aprofundada, que desvela como ingênua a intenção dos revolucionários franceses de “*suprimir a interpretação*”, tornando o magistrado em singela “*boca da lei*”³.

A conformação estatal do século XIX, minimalista, equilibrava-se sobre o binômio *poder e sua contenção*, advindo da desconfiança institucional sobre a atuação dos agentes estatais em contraposição ao modo de governar experimentado no Antigo Regime. Com o escopo de evitar o arbítrio estatal, o Estado Moderno Democrático ergue-se sobre o tripé composto pela noção moderna de Constituição, pela separação dos poderes e pela positivação dos direitos fundamentais do indivíduo. A limitação da atividade jurisdicional revelava-se imprescindível aos olhos iluministas, pois era no seu desempenho que até então se consubstanciava a faceta mais evidente dos desmandos repressivos⁴.

Nesse contexto, o mister daquele que aplicava a lei foi constricto ao exercício dedutivo, como se a imediata solução a todas as controvérsias trazidas a juízo já estivesse estampada nos textos normativos – a letra fria da lei – e como

³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 128. Sobre o tema, ainda, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 191-192. Aliás, o silogismo legal pretendido já ao século XVIII mostrou-se, desde a crise do positivismo, como algo necessário, porém não suficiente, para se apreender o método jurídico-penal, conforme as precisas palavras de Cláudio Brandão, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

⁴ Nesse sentido, e sob a ótica específica do tema do abuso de autoridade, cf. SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. O tratamento penal ao abuso de autoridade no Direito brasileiro. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ALMEIDA, Júlia de Moraes; FERRARINI, Luigi Giuseppe (orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvino Augusto de Sá*. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D’Plácido, 2020, p. 330 e ss.

se o direito positivo estivesse contido na lei escrita⁵.

O objetivo por detrás de tais medidas, legítimo ao momento histórico em que foi concebido, mostrou-se todavia imediatamente inalcançável; a disciplina jurídica enseja inúmeros esclarecimentos, já que é formada pela linguagem, composta por meio de signos, variáveis no tempo e no espaço. Ademais, a regra legal deve ser conformada com outras regras e harmonizar-se com o conjunto de preceitos do ordenamento jurídico, ou seja, há de se proceder à sistematização do Direito.

Paulatinamente caiu por terra a compreensão dos Códigos como teoremas. Tomou seu lugar a ideia de que, para obstaculizar o sombrio arbítrio estatal, que mesmo hoje insiste em espreguear até as mais consolidadas democracias, é essencial manejar as diversas fontes do Direito em toda sua extensão e dinamicidade e, em seguida, estabelecer os critérios aptos para sua esmerada interpretação, o que se mostra um desafio a parte.

No que diz respeito ao Direito Penal, objeto específico deste ensaio, o tema é sensível, já que sua interpretação e aplicação têm o potencial de afligir as mais caras garantias do indivíduo, sendo a liberdade apenas uma delas. Entre suas fontes, pode-se dimensionar, hoje, o papel da jurisprudência e da internacionalização do Direito Penal, que, em certa medida, abalam a definição formal do *crime* como “*toda conduta que o legislador sanciona com uma pena*”. Ainda, há que se equacionar um dos grandes protagonistas da exasperação penal dos últimos anos – e sem qualquer sinal de desgaste nesta tendência: o Direito Penal Econômico, cuja matriz e lógica fogem completamente do ramo jurídico-penal tradicional.

Nesse ambiente, persistem inúmeras dúvidas acerca de qual o melhor caminho a seguir na atividade de interpretação e aplicação normativa. Essa parece ser a marca do Direito Penal brasileiro hodierno.

2. O papel da jurisprudência brasileira

Um das mais significativas complexidades que envolvem o Direito Penal no Brasil atual é aquela que envolve os limites do Poder Judiciário em sua interpretação e aplicação.

A expansão da autoridade conferida aos tribunais é uma tendência perceptível no cenário global desde pelo menos o início do século XX e com mais vigor a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando diversas nações passaram por processos de constitucionalização e reconstitucionalização. O fenômeno é analisado sob diferentes lentes pelos estudiosos, havendo quem o associe às lacunas do sistema representativo, entre elas a sua incapacidade de cumprir com todas as promessas, próprias da ordem democrática, incorpora-

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002, pp. 55-56 (nr. 4).

das às constituições contemporâneas, bem como a profunda desconfiança em relação aos representantes⁶.

Oscar Vilhena Viana identifica que, no caso brasileiro, a preeminência conferida aos tribunais é ainda mais acentuada, decorrente da somatória do caráter ambicioso do texto da Constituição Federal de 1988 com a gradativa concentração de poderes na jurisdição do Supremo Tribunal Federal, a ponto de afetar o equilíbrio da separação de poderes⁷. Efetivamente, muitas vezes o Poder Judiciário tem sido acusado de invadir a esfera dos outros poderes, o que é negado ou, normalmente, justificado sob o argumento de omissão desses últimos.

De certa forma, pode-se dizer que os tribunais brasileiros, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, vêm sendo convocados como importantes peças na produção de consenso pelo Estado, que, inclusive, lança mão da espetacularização e da superpersonalização do poder como estratégias de legitimação⁸. Nesse sentido, a título exemplificativo, vê-se o destaque dado à agenda e aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que, para além de estamparem os noticiários, são transmitidos em tempo real pela “TV Justiça” e por plataformas virtuais. A população, assim, habitua-se progressivamente com “o fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito”⁹.

As muitas insuficiências de técnica legislativa reveladas nos últimos anos também têm conduzido ao protagonismo de uma espécie de *intervenção judicial corretiva*, que traz à tona a polêmica entre uma interpretação em sentido estrito e o *desenvolvimento continuador do Direito*, expressão que se aproxima da noção de “*ativismo judicial*”¹⁰. O debate é permeado pelo receio de uma usurpação, pelos tribunais, de funções legislativas, especialmente em matéria penal¹¹.

⁶ O temário é analisado, de forma mais aprofundada, por VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, pp. 441-464, jul./dez. 2008, pp. 442-444.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 444.

⁸ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Difel Difusão Editorial S.A., 1978, p. 1 e 245 e ss.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 442.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 13; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, pp., 11-21, 2014, pp. 11-12.

¹¹ No recorte apresentado por Silva Sánchez, em sua apresentação da obra de Kuhlen, esse receio recaí sobre o tema da “*interpretación conforme a constituição*”: “*En efecto, no es fácil determinar cuáles de las interpretaciones de un texto son conformes y cuáles, en cambio, contrarias a la Constitución. A partir de ahí, debe reconocerse el riesgo de que la ‘interpretación conforme’ no sea tal, sino que se convierta en una*

Não se olvida, de toda forma, que a superação da ideia iluminista do juiz como mero locutor da lei exige compreender seu papel na *produção* de direito, o que abrange o processo de interpretação do texto normativo, a conjugação entre esse enunciado e os fatos analisados e, enfim, a definição da norma de decisão¹². Nesse diapasão, Jiménez de Asúa¹³ pondera que o julgador detém, sim, uma função “*recriadora*”, de modo que se aceita o complemento das normas de cultura, desde que o juiz se obrigue a respeitar as regras objetivas¹⁴. Ressalte-se que estas, contudo, não são estáticas, sendo essencial o papel do intérprete que as aplicará ao caso concreto. Demais disso, mesmo sendo vedado ao juiz criar diretamente o Direito, ele precisa de um certo poder de adaptar a lei antiga às necessidades dos tempos, não se podendo negar certa “*interpretação progressista*”¹⁵.

Nessa linha entre a interpretação constitutiva do direito e o ativismo judicial, ressalta-se o atual papel da jurisprudência como fonte do Direito Penal brasileiro, ao menos em sentido complementar¹⁶. O conjunto de julgados dos tribunais, superiores ou não, mas precipuamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tem revelado um papel importante no sentido de orientar ou até mesmo de obrigar as instâncias inferiores na adoção de determinados posicionamentos em relação às leis penais.

Entre outras decisões paradigmáticas, com efeitos legiferantes, o Supremo Tribunal Federal procedeu ao reconhecimento de tutela do povo judeu na Lei de Racismo¹⁷, ao afastamento da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸, ao reconhecimento do aborto de fetos anencefálicos como indiferente penal¹⁹ e à contemplação da homofobia e transfobia como crimes de racismo²⁰.

verdadera modificación de la ley penal”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 14.

¹² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso...*, cit., pp. 55-57.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 436.

¹⁴ Não é à toa que, neste contexto, nota Brandão: “No âmbito da tipicidade, reconhece-se a possibilidade de aplicação supra-legal do direito em face da interpretação material de seu conteúdo, isto é, do bem jurídico. A argumentação que fundamenta dita abertura cognitiva ‘in bonam partem’ do método penal é a ausência de lesão ou perigo de violação àquele conteúdo, sendo sua forma mais presente na jurisprudência dos tribunais traduzida no princípio da insignificância, embora ela também possa ser traduzida na forma do princípio da adequação social”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal...*, cit., pp. 222-223.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de...*, cit., p. 441.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006, p. 110.

¹⁷ HC nº 82.424/RS, do STF.

¹⁸ ADPF nº 130/DF, do STF.

¹⁹ ADPF nº 54/DF, do STF.

²⁰ ADO nº 26/DF, do STF.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o artigo 103-A²¹ na Constituição Federal de 1988 e, com isso, inaugurou uma nova faceta da autoridade adquirida pelo Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias judiciárias brasileiras. O dispositivo, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, autoriza a Suprema Corte a editar súmulas com caráter vinculante²², ou seja, com força de lei, o que a eleva à condição de verdadeira fonte material de Direito²³. Isso, sem mencionar a tão frequente edição, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, de enunciados sumulares não vinculantes, que não deixam de conformar, ainda que de forma não absoluta, o modo de decidir dos tribunais do país²⁴.

Paradoxalmente, a proeminente atuação jurisdicional faz sobrelevar também a relevância da crítica doutrinária, pois, muitas vezes, o posicionamento adotado por parte majoritária jurisprudência, em reiteradas decisões ou mesmo por súmulas editadas, não se revela o mais adequado, devendo-se deflagrar uma necessária reflexão com vistas à sua superação.

Isso ocorreu em 1996, *e.g.*, quando o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 174 – posteriormente cancelada –, que equiparava a *arma de brinquedo* a *arma*, para fins de reconhecimento de causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2º, inciso I). Recentemente, ainda, *v.g.*, esse mesmo tribunal superior editou uma série de súmulas questionáveis sob o aspecto dogmático, como a de nº 582²⁵, que antecipou o momento da consumação do crime roubo, e

²¹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

²² Atualmente, existem mais de 10 súmulas vinculantes em matéria penal e processual penal, as de números 9, 10, 11, 14, 24, 26, 35, 36, 45, 46 e 56.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.1, p. 136; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit, pp. 444-445 e 450.

²⁴ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. I, p. 105.

²⁵ A súmula, aprovada em 2016, possui o seguinte teor: “*consume-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada*”.

a de nº 599²⁶, sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública²⁷. Não demorou muito até o próprio Superior Tribunal de Justiça se desdizer em relação à Súmula n.º 599 e, sem revogá-la, aplicar o princípio da insignificância a uma hipótese de suposto dano ao patrimônio público: um cone de rua avaliado em menos de R\$ 20,00 (vinte reais)²⁸⁻²⁹. Por óbvio que, no caso, não se evidenciava qualquer interesse estatal em jogo que justificasse a persecução penal do suposto autor da avaria.

Esse precedente demonstra, não obstante, o risco de a atividade jurisdicional com aspiração ou vocação legiferante, no lugar de corrigir descompassos entre a lei e a realidade, opor-se à racionalidade do ordenamento jurídico e aos fundamentos irrenunciáveis que orientam a aplicação do direito penal. Ilustrasse, assim, a importância da reflexão por parte dos doutrinadores e operadores jurídicos acerca das decisões judiciais.

3. O Direito Penal Econômico e sua complexa interpretação

A interpretação do ramo jurídico-penal depara-se, hoje, com um particular pano de fundo: a constatação de que uma das molas propulsoras do expansionismo penal nas últimas décadas reside na imbricação entre o Direito Penal e a Economia, exponenciada pela globalização econômica e pela integração supranacional³⁰. Com efeito, os crimes econômicos representam um especial catalisador de um alargamento penal sem precedentes.

A globalização econômica e as crises financeiras globais que acometeram o século XX – e que não cessaram no século XXI – conduziram a uma politização da economia de mercado global e à reunião de esforços institucionais para

²⁶ Consoante a súmula nº 599, aprovada em 2017 pelo STJ, “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

²⁷ Contra a absurda compreensão jurisprudencial, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 185.

²⁸ O acórdão que concedeu ordem de *habeas corpus* ao indivíduo denunciado por avariar o referido cone de rua pontificou que, “a despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada”. STJ, RHC nº 85.272/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14 ago. 2018, publicado em 23 ago. 2018.

²⁹ Apenas a título de esclarecimento, destaque-se que, na data dos fatos, 4 de novembro de 2013, o valor de R\$ 20,00 (vinte reais) equivalia a € 6,59 (seis euros e cinquenta e nove centavos).

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

aplacar os riscos advindos desse contexto, haja vista a magnitude dos danos por eles representados³¹. Nesse novo marco econômico, a variedade de comportamentos que ferem bens jurídicos dignos da tutela penal instiga a busca por respostas adequadas em termos político-criminais e o reexame, agora sob uma nova perspectiva, “da validade dos antigos tipos penais e das construções dogmáticas deles emanadas”³².

Esse tema ilustra com acuidade a relação singular entre a dogmática e a prática jurídica, esta última plasmada na atividade judicial de interpretação e subsunção da norma. Existe uma afinidade lógica – e uma verdadeira identidade – entre os enunciados de uma e de outra, de modo que a “*jurisprudência exercita uma dogmática autoritativa e transforma a razão pura (teórica) em razão prática*”³³. Se há um vínculo entre a racionalidade do cientista do direito e da jurisprudência, as dificuldades enfrentadas pelo primeiro em seu campo de atuação necessariamente serão reproduzidas e potencializadas pela segunda, agora com o “*acréscimo de força vinculante que escapa ao teórico*”³⁴.

A criminalidade econômica vem sinalizar a importância de a hermenêutica não se fazer “*ensimesmada*”, isto é, voltada para dentro de si mesma. Enquanto um dos principais componentes do Direito Penal da sociedade de risco, o Direito Penal Econômico coloca-se diante de dois grandes desafios que tornam o seu manejo pelo operador jurídico repleto de estranhamentos³⁵.

3.1. Desafios estruturais trazidos pelo Direito Penal Econômico

Esse primeiro desafio revela-se no descompasso apriorístico entre a Teoria Geral do Delito e o Direito Penal Econômico. E, com isso, não se está a falar apenas de aspectos novidadeiros dos temas trazidos à baila pelo regramento penal econômico, mas da afetação de características há muito consolidadas acerca de toda e qualquer conduta criminosa.

Como aponta Juarez Tavares, a Teoria do Delito constrói-se a partir de “*reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa*” e, desse

³¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del dercho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 159-160-161.

³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del dercho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 160-161, tradução livre.

³³ SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: TEIXEIRA, Adriano (coord.). *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 87-93, 2018, p. 89.

³⁴ Idem.

³⁵ O tema é tratado com maior profundidade em SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do..., cit., pp. 62-88.

modo, impõe balizas à atividade jurisdicional, impedindo-a de se tornar um exercício criativo e de ultrapassar os limites do texto constitucional³⁶. Parte das reivindicações imediatistas atreladas ao Direito Penal Econômico, por outro lado, são no sentido de ampliar – quando não abstrair – o significado das condutas proibidas, o que acaba por alargar – quando não sublimar – a fronteira interpretativa dos julgadores.

Os paradigmas que nortearam a evolução da Teoria Geral do Delito por autores alemães, destacadamente a partir de final do século XIX, são bem conhecidos, relacionados ao crime doloso de ação, que produz resultado material, é cometido por um único sujeito bem determinado, ou por um limitado número de indivíduos, e é aferível por uma relação de causalidade direta. A teoria, também denominada de teoria do fato punível, parte desse quadro para estabelecer os pressupostos gerais da ação punível e os respectivos requisitos de imputação.

É nítido o conflito entre esse modelo e o Direito Penal Econômico, a começar pelas origens históricas deste último – que remetem aos momentos de recessão econômica das primeiras décadas do século XX – e sua maturação em países de tradição anglo-saxã, da *common law*. No estudo da criminalidade econômica, de fato, termos como *Tatbestand* dão lugar a outros como *compliance*, *whistleblowing* e *willful blindness*³⁷.

O Direito Penal Econômico, a princípio, não exprime pretensões generalizantes e nem nutre maiores preocupações de respaldo filosófico. Pauta-se, notadamente, na apresentação de soluções concretas e eficazes a demandas práticas e pontuais, incompatíveis com a delongada reflexão teórica e sistemática sobre o Direito Penal, cuja racionalidade remete à intervenção penal mínima³⁸. Aqui se desnuda com clareza o desafio do método tópico-hermenêutico do pós-positivismo, apontado por Cláudio Brandão³⁹.

³⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28.

³⁷ Cf. no ponto, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 267.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., pp. 98-99. Sobre o tema, Helena Regina Lobo da Costa expõe que “o fato de a legislação penal no âmbito econômico ter se desenvolvido de modo intrinsecamente ligado a momentos de crise econômica fez com que (...) tal desenvolvimento se desse de modo apartado de uma reflexão sistemática por parte da dogmática penal. A dogmática, por sua vez, quando vem a tratar sistematicamente do tema, depara-se com um objeto desenvolvido de forma muito mais pragmática do que teórica e marcado por evidente mutabilidade”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 47.

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de...*, cit., p. 19.

De todo modo, por mais imediata que seja a resposta formulada, a dinamicidade da realidade econômica estará sempre à frente do Direito⁴⁰. Essa tendência explica o movimento do Direito Penal Econômico rumo a rupturas cada vez maiores em relação à Teoria Geral do Delito. Sobretudo quando atrelada ao contexto empresarial, a criminalidade econômica diz respeito à ofensa de interesses etéreos por um grupo organizado de pessoas, cuja subjetividade é facilmente diluída dentre as engrenagens, departamentos e hierarquias de uma estrutura maior, dotada inclusive de personalidade jurídica e cuja razão social, em princípio, é uma atividade lícita.

Entre as noções de ação e responsabilidade cria-se um frequente abismo, ao passo que se identificam novas camadas dos institutos do erro, da coação, da imputação, da autonomia e do elemento subjetivo do tipo, bem mais complexas do que os exemplos clássicos trazidos pela literatura tradicional sobre a Teoria Geral do Delito. E mais: a fragmentação da atividade empresarial não raro se reflete na forma de se praticar dos elementos do tipo, fracionada em meio a ações neutras ou envoltas em erro.

Nesse ínterim, ainda, o desenvolvimento do Direito Penal Econômico é marcado pela mutação de arquétipos do Direito Penal, a exemplo da inexorável ampliação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, um dos temas que mais lhe são caros. Concordando-se ou não, o paradigma expansionista penal das últimas três décadas, no particular aspecto dos contextos empresariais, propôs-se a legitimar a identificação da autoria delitiva nesse âmbito.

No direito brasileiro, a responsabilização penal da pessoa jurídica é autorizada pelo artigo 173, §5º, do texto constitucional⁴¹ em relação aos “atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, enquanto que o artigo 225, §3º⁴², prevê, ainda que de forma dúbia, a responsabilização da pessoa jurídica em relação às condutas lesivas ao meio ambiente.

⁴⁰ SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 57-106, 2019, p.62.

⁴¹ “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

⁴² “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Para Helena Regina Lobo da Costa, pode-se admitir a interpretação de a previsão sujeita “pessoas físicas ou jurídicas” a “sanções penais e administrativas” respectivamente, não cumulativamente. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 221, nr. 737.

A matéria não chegou a ser sistematizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas a legislação penal ambiental (Lei nº 9.605/1998)⁴³, isoladamente, abraçou o denominado *modelo de heterorresponsabilidade*, que estabelece a transferência da responsabilidade da pessoa física à jurídica por ricochete, numa evidente lógica de responsabilização penal objetiva que inevitavelmente passa se a fazer presente nas decisões judiciais. De tão desarrazoada, a opção adotada pelo legislador brasileiro aproxima-se dos modelos incipientes de responsabilização penal da pessoa jurídica, nos quais é a conduta criminosa da pessoa física que determina a responsabilidade da pessoa jurídica, sem qualquer menção ao denominado *defeito de organização* do ente coletivo, pressuposto dos *modelos de autorresponsabilidade*⁴⁴.

Ainda por conta de toda a problemática de atribuição de fatos no contexto econômico, desenvolve-se o tema da *criminal compliance*, enquanto “o resultado da evolução dos conhecidos códigos de conduta corporativos”, cujo principal palco foi a história econômica estadunidense⁴⁵. Os programas de *compliance* são frutos de duas tendências, apresentadas por Carlos Gómez-Jara Díez⁴⁶: (i) o sentimento de desconfiança em relação aos poderes das corporações e (ii) a ideia de que a autorregulação no mundo corporativo seria *preferível e mais efetiva* do que a regulação governamental isolada. Ainda, a insegurança, própria do momento atual, expressa-se na forma de pressões político-jurídicas e sociais em prol da instituição de parâmetros de vigilância, de prevenção e até de sanção paralelos aos mecanismos penais tradicionais, capazes de demonstrar a “*índole*” – como se isso fosse possível – da empresa no sentido de respeitar o Direito, sobretudo o Direito Penal⁴⁷.

Os programas de cumprimento legal, de cooperação, ou, simplesmente, as regras de *compliance*, nesse sentido, ensejam a adoção de medidas éticas e legais para a estrutura empresarial⁴⁸.

Dentro da lógica de delegações de atribuições no contexto corporativo, o bom desempenho dos programas de *compliance* é frequentemente incumbido a

⁴³ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

⁴⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 113-117 e 292-293.

⁴⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ. Carlos. *La culpabilidad pena de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 255.

⁴⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ. Carlos. *La culpabilidad pena de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 255-256.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer. 2013, p. 153.

⁴⁸ Sobre o tema, cf. SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal compliance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, *passim*.

um personagem específico, o *compliance officer*. Este, mais do que um simples fomentador de boas práticas empresariais, muitas vezes assume verdadeira posição de garante, no sentido de impedir práticas ilícitas e delitivas no seio da empresa⁴⁹. No entanto, no Brasil, a reflexão político-criminal e dogmática acerca do descumprimento desses deveres é ainda incipiente, o que constitui mais uma preocupação em aberto para os operadores e aplicadores do direito, carentes do necessário respaldo teórico.

Também para ilustrar as mudanças estruturais trazidas pelo Direito Penal Econômico, citem-se dois institutos importados do direito anglo-saxão pelo brasileiro – muito em resposta às pressões advindas da *soft law* e *hard law*: as delações premiadas (*whistleblowing*)⁵⁰ e os acordos de leniência. Apesar de a doutrina não entrar em consenso sobre sua natureza jurídica, esses acordos adquirem feições contratuais e indicam uma nova forma de persecução administrativa e judicial em contraste à clássica⁵¹. É dizer, impõem novidades também em termos processuais.

Se, de um lado, os institutos são vistos pelas autoridades persecutórias como uma forma eficaz de apurar ilícitos que, de outro modo, poderiam permanecer irresolúveis, por outro, seus críticos vislumbram neles a premiação institucionalizada da traição, o que, apesar de dizer respeito a um campo ético, não caberia ao Estado incentivar⁵². Corroborando o impacto do Direito Penal Econômico em matéria penal e processual penal, esses tipos de acordo, nos moldes como foram consagrados pelos direitos estadunidense e inglês, prestam-se sobretudo a desvelar ilícitos no interior da estrutura empresarial.

Institutos como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *criminal compliance* e *whistleblowing*, assim, revelam o descompasso entre a Teoria Geral do Delito e o Direito Penal Econômico. Neste sentido, as dificuldades interpretativas se põem de modo sensível, uma vez que a lógica utilizada se desvela de natureza diversa.

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.

⁵⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 29 e ss.

⁵¹ Cf. TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017, p. 218.

⁵² O é tema caro, por exemplo, “em países que sofreram as agruras do terror estatal nazista, como Alemanha e França”. SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 57-106, 2019, p. 70.

3.2. Desafios conjunturais trazidos pelo Direito Penal Econômico

A criminalidade econômica refere-se a uma variedade temática, a exemplo dos crimes de corrupção privada, concorrenciais, ambientais, consumeristas, falimentares, previdenciários e associativos de organização criminosa, o que denota uma porosidade da noção de delinquência econômica sob a ótica da dogmática jurídica⁵³. Assim, para além das questões estruturais, o Direito Penal Econômico também enfrenta dificuldades dogmáticas conjunturais – atinentes aos tipos penais – que se fazem transparecer no momento de aplicação da lei.

Como já apontado, está-se diante de tipos penais provenientes de um movimento penal expansionista fomentado em um contexto social e econômico muito específico, constatado ao final do século XX, em que o modo de produção capitalista é somado ao fenômeno da globalização⁵⁴. Para fazer frente às novas necessidades de tutela, novas características são embutidas às tipificações penais, que serão aqui tocadas, apesar de este ensaio não ter a pretensão de fazer uma análise pormenorizada de cada uma⁵⁵.

O ideário de contenção de riscos na sociedade contemporânea vincula-se à antecipação da tutela penal a um momento anterior a ofensa penalmente relevante, apesar de essa estratégia não ser inédita no Direito Penal⁵⁶. É nesse diapasão que ganham espaço os denominados *crimes de perigo abstrato*⁵⁷, enquanto verdadeiro artifício de tutela colateral do Direito Administrativo, tal qual um *guia de condutas*, mas com sequências penais aos desobedientes⁵⁸.

A administrativização do Direito Penal, aliás, dá o tom da nova realidade. Traz como implicação a administrativização do próprio comando normativo penal, que recebe a denominação de *assessoriedade administrativa do Direito Penal*. Em outras palavras, o fenômeno sujeita os tipos penais a complementações

⁵³ Cf. CERVINI SANCHEZ, Raúl, Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003, pp. 95-96.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão...*, cit., p. 30.

⁵⁵ Mais uma vez, retome-se SOUZA, Luciano Anderson. *Estágio atual do...*, cit., pp.71-88.

⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92 e ss.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão...*, op. cit., p. 38. A partir desse diagnóstico, Silveira, de toda forma, rememora que “o Direito Penal de Perigo não pode implicar em abandono das armas dogmáticas tradicionais que determinam a justiça da aplicação da lei penal em um sistema democrático”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís, MARTINS, António Carvalho (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 657. Sobre o tema, ainda, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50 e ss.

⁵⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 236.

provenientes do Direito Administrativo, como regulamentos, portarias, resoluções e mesmo atos administrativos⁵⁹. Nesse contexto, *normas penais em branco heterogêneas* são largamente utilizadas em matéria de criminalidade econômica – por vezes de forma incompatível com a racionalidade penal, como se o regramento repressivo penal fosse transferido à alçada administrativa. E some-se a isso a utilização de *tipos penais abertos*, com extenso uso de elementos vagos ou ambíguos para a construção da normativa penal, para cuja aferição são necessárias contextualizações externas ao texto legal. Tudo a exigir mais cautela do intérprete do direito e a promover uma inevitável supervalorização dos precedentes emitidos pelos tribunais em relação ao texto legal⁶⁰.

Ademais, na perseguição dos fins político-criminais preventivos pretendidos com o Direito Penal Econômico, é frequente o uso de *tipificações omissivas e culposas*, em que o agente responde por não praticar aquilo que lhe é ordenado juridicamente, no primeiro caso, e por se omitir em relação a diligência no atendimento de dever de cuidado, no segundo.

O utilitarismo preventivo que permeia a criação de tipos penais econômicos com as características acima pinceladas frequentemente anda de mãos dadas com um *retributivismo exacerbado na sanção penal* cominada pelo legislador, que foge mais uma vez da racionalidade penal.

Tudo isso, inclusive, vulnera a aferição de legitimidade do Direito Penal Econômico, pois, apesar de tentar corresponder à dinamicidade própria da atividade econômica, distancia-se dos pressupostos da estrutura jurídico-penal, sobretudo em termos de lesividade, legalidade e taxatividade, tornando extremamente desafiadora a interpretação jurídica.

Não obstante, o fato é que essa lógica de expansionismo penal não parece revelar sinais de reversão, no geral, e muito menos nesta seara⁶¹. O Direito Penal Econômico hodierno não se volta a qualquer defesa sistêmica ou às estratégias de contenção de crise ocasionada pela crescente complexidade econômico-social, mas ao mero gerencialismo público. Lança mão, para tanto, do grave meio de controle estatal de condutas, o Direito Penal, já municiado com um novo rol de características que façam frente ao discurso de enfretamento à criminalidade econômica.

⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal...*, cit., 2013, p. 113.

⁶⁰ MANES, Vittorio, Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica” (versão revista). Disponível em: <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/7144-manes2018a.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2021, p; 2.

⁶¹ Documentos internacionais, em verdade, têm sinalizado justamente no sentido da expansão do Direito Penal, a exemplo das iniciativas em matéria de corrupção, com, entre tantos outros instrumentos jurídico-internacionais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003. SOUZA, Luciano Anderson. *Estágio atual...*, cit., p. 87.

A perspectiva, portanto, acerca especificamente do futuro do Direito Penal é de sua ainda maior ampliação, haja vista as preocupações que rodeiam a criminalidade econômica e apesar da Teoria Geral do Delito tradicional. Aliás, a inclinação normativista tem procurado respaldar esse fenômeno, muito embora ainda permaneçam em aberto inúmeras questões.

Evidentemente, não se nega que o Direito Penal possa oferecer tipos infracionais econômicos legítimos. Mas tal somente ocorrerá respeitados critérios consistentes na verificação de sua adequação estrutural e constatação de eficiência deste grave meio de cerceamento. A expansão do Direito Penal, ainda que se mostre legítima, deve se pautar pela *ultima ratio*. Do contrário, a única opção legítima é a não-criminalização ou a descriminalização, abrindo-se a possibilidade de outros meios para pacificação social.

4. Aspectos da internacionalização do Direito Penal

Todos os fenômenos retratados nos tópicos acima foram e são constantemente pautados, também, pela internacionalização do Direito Penal. Apesar de já se ter feito referência a essa internacionalização neste ensaio, alguns apontamentos específicos sobre o tema merecem ser trazidos à baila.

O caráter internacionalizado da criminalidade – mormente em razão do papel da globalização – acompanha a exigência por respostas jurídicas com alcance igualmente internacional. E essas respostas emanam de diferentes instituições, desde organizações internacionais e supranacionais (como a ONU, a União Europeia e a Organização dos Estados Americanos), passando por organizações não governamentais (como a Transparência Internacional), cuja importância política e entre a sociedade civil promove sua agenda de interesses no cenário internacional, e até agentes com poderes supraestatais de ordem financeira, econômica, sanitária *etc.* (como o G7, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico e a Organização Mundial da Saúde)⁶². Cria-se, nesse processo, um *entrelaçado reticular de fontes de produção normativa*⁶³. Nessa rede normativa, própria da *law in action*, encontram-se o direito e a jurisprudência nacionais, o direito comunitário, com seus regulamentos, diretrizes e *etc.*, os tratados e a jurisprudência internacionais, as práticas e as categorias jurídicas estrangeiras, o direito aplicado por outros Estados, que são utilizados no estudo comparado, entre outros. No caso dos países membros da União Europeia, por exemplo, a força conferida ao direito e tribunais comuni-

⁶² Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 271-272.

⁶³ Termo utilizado por Massimo Donini em DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo em la expansión del Derecho Penal Económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 197-217, 2004, p. 206.

tários é tamanha que fomenta a discussão sobre o progressivo esvaziamento das competências internas dos Estados⁶⁴.

Bem se vê que as dificuldades que cercam essa faceta transfronteiriça do Direito Penal atual são muitas. Como expõe Ana Elisa Liberadora Silva Bechara, as principais delas consistem “*no choque entre as normas e princípios das esferas internacional e nacional, na interação entre os distintos sistemas e culturas jurídicas e na existência paralela das jurisdições internacional e nacional*”⁶⁵. A criação de critérios comuns de valoração normativa, apesar de imprescindível, é obstada pela inexistência de um horizonte político uno⁶⁶.

A jurista, ainda, destaca dois debates sensíveis. O primeiro refere-se à dúvida sobre a relação hierárquica entre documentos e iniciativas institucionais internacionais. Afinal, a antiga noção de uma hierarquia piramidal entre normas jurídicas promulgadas pelo legislador nacional dá lugar à ideia de uma estrutura elástica, cujas hierarquias (no plural) são intermitentes⁶⁷. Já o segundo debate gira em torno das alterações normativas propostas ou determinadas aos ordenamentos jurídicos nacionais, porquanto a internacionalização também diz respeito a um jogo de interesses entre Estados e demais *players* políticos e econômicos internacionais, que não estão em posição de igualdade⁶⁸.

Mesmo que a internalização das referidas normas do Direito Penal globalizado siga todos os trâmites previstos pelo direito local, o seu conteúdo e sua proveniência denotam-nas como importadas. Sua recepção formal pelo ordenamento jurídico interno serve de ponte para que as políticas criminais internacionais e supranacionais exerçam influência sobre o processo de produção, interpretação e aplicação dos textos legislativos. Nesse ínterim, verificam-se tanto atritos entre as fontes internas e externas do direito, como a “*contaminação*” da primeira pelas segundas, a exemplo da importação de institutos da *common law* enquanto fórmulas mais eficientes para lidar com a criminalidade econômica, mas que provoca diversos estranhamentos com a tradição dogmática interna⁶⁹.

Com a internacionalização, os magistrados nacionais se veem obrigados a ampliar seu patrimônio cognoscitivo e cultural para poder dialogar com essa realidade jurídica acelerada. A contribuição *quantitativa* e *qualitativa* do seu exercício interpretativo torna-se ainda mais evidente, o que só reforça a

⁶⁴ MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*. Roma: Giuridica Editrice, 2012, p. 1.

⁶⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberadora Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 266.

⁶⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberadora Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 272.

⁶⁷ DONINI, Massimo. *¿Una nueva edad...*, cit., p. 207-206.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberadora Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 267 e 284.

tese lançada anteriormente, de que a jurisprudência não poder ser ignorada enquanto uma das fontes do Direito Penal hodierno⁷⁰.

5. Perspectivas sobre a interpretação e aplicação do Direito Penal brasileiro

Diante de todo o quadro desenhado, nota-se que a interpretação e aplicação Direito Penal hodierno experimentam mudanças significativas e que se entrecruzam, fruto da demandante realidade que se impõe nos cenários internacional e nacional.

Está-se diante de um crescente papel delegado aos magistrados. No Brasil, esse fenômeno é a síntese de uma série de fatores, a exemplo da desconfiança em relação ao sistema representativo, das amplas garantias e direitos assegurados pelo texto constitucional e passíveis de serem reivindicados pelas vias judiciais, da paulatina concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal e da importância que lhe é dada na produção de consensos, tão difíceis de serem alcançados na sociedade contemporânea. A atividade jurisprudencial, ainda, vem preencher os inúmeros hiatos deixados pela técnica legislativa e responder aos anseios pragmáticos da realidade atual, havendo de se equilibrar entre a *interpretação das leis* e o *ativismo judicial*, como se advertiu atrás.

O exercício de produção do direito torna-se ainda mais intrincado diante das mudanças substanciais enfrentadas pelo Direito Penal com a proeminência do Direito Penal Econômico, que traz consigo a exigência por novas ferramentas de interpretação, seja em termos estruturais – referentes à Teoria Geral do Direito – como conjunturais – da própria estrutura dos tipos penais. Não é possível, nesse sentido, apartar a atividade hermenêutica da dogmática. A seu turno, a internacionalização do direito, que também conforma o Direito Penal Econômico, produz uma multiplicidade de novas fontes a serem manejadas pelo magistrado nacional.

Visto de onde atualmente promana o Direito Penal, então, importa fixar os critérios para sua correta apreensão, para, assim, assegurar sua justa aplicação. Nesse sentido, a preocupação em torno do temário recai, mais uma vez, sobre a atenção dispendida pelo magistrado à própria disposição normativa, resguardada pelo princípio da legalidade, de modo que ele próprio não passe de *intérprete a artífice* da norma penal⁷¹.

A despeito das tantas novidades, os princípios basilares ao Estado Democrático de Direito são inabdicáveis em matéria de *lege ferenda* e *lege lata*, o que significa que devem ser tomada como pressuposto tanto pelo legislador quanto pelo intérprete do direito.

⁷⁰ MANES, Vittorio. *Il giudice nel...*, cit., p. 13, 22-24.

⁷¹ MANES, Vittorio. *Il giudice nel...*, cit., p. 22-24.

No que diz respeito à hermenêutica penal, sobre a qual este trabalho se debruçou, isso significa não reduzir a atividade jurisdicional ao simples encaixe dos resultados pragmáticos e imediatistas reclamados pelo movimento global de expansão do Direito Penal⁷². Se há terreno, inclusive em razão da abertura normativa dos tipos penais, para que atividade interpretativa ganhe maior discricionariedade, aproximando-se de um ato de vontade, deve-se exigir do Poder Judiciário que se atenha a determinados critérios para que suas decisões não escapem do contexto democrático, sempre refratário – desde os primeiros esforços iluministas – ao voluntarismo jurídico. Não se trata de impermeabilizar por completo a atividade jurisprudencial, como se fosse possível desconsiderar fator humano e as nuances de subjetividade sempre presentes, mas de cultivar balizas que lhe confirmam racionalidade.

Com esse propósito, antes de se ater às prescrições previstas e objetivos perseguidos pelos tratados internacionais e pelas novidades em matéria de Direito Penal Econômico, cabe ao magistrado ter como parâmetro os específicos critérios que justificam e legitimam o Direito Penal, como as concepções de *ultima ratio*, legalidade, taxatividade, lesividade e *ne bis in idem*⁷³. Afinal, esses são os denominadores comuns inafastáveis a pautar e, sobretudo, limitar a intervenção penal. Nessa linha, a objetividade das decisões judiciais há de ser aferida em razão do *ônus argumentativo* imposto aos julgadores enquanto forma de prestação de contas em relação às decisões judiciais⁷⁴. Interessantemente, um importante passo nesse exercício de hermenêutica é retomar a própria literalidade do tipo penal – tão reivindicada pelos positivistas de séculos atrás – enquanto primeiro obstáculo para limitar a criatividade demasiada dos aplicadores do direito⁷⁵.

Bibliografia

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: conside-*

⁷² BECHARA. Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 267 e 284.

⁷³ Para Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, inclusive, nem mesmo o texto constitucional pode “ser revertido em um supercódigo totalizante, a ponto de liquidar a autonomia e a especificidade jurídica do Direito Penal, estruturado a partir de seus valores”. BECHARA. Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 288.

⁷⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da, *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*, in, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação - Racionalidades e instituições*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 366-367. Apesar de o autor não se referir ao processo de sopesamento de direitos fundamentais, o argumento é perfeitamente aplicável a qualquer decisão judicial fundada na dogmática jurídica.

⁷⁵ Cf. MANES, Vittorio, *Dalla “fattispecie” al...*, cit., pp. 4-9.

rações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

CERVINI SANCHEZ, Raúl. *Derecho penal económico: concepto y bien jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 81-108., abr./jun. 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo em la expansión del Derecho Penal Económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 197-217, 2004.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad pena de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950.

MANES, Vittorio, Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica" (versão revista). Disponível em: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/7144-manes2018a.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2021.

MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*. Roma: Giuridica Editrice, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.1

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. I.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: TEIXEIRA, Adriano (coord.). *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. São Pau-

lo: Marcial Pons, pp. 87-93, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*, in, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação - Racionalidades e instituições*, São Paulo, Saraiva, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *A segurança como critério de estipulação de crimes*, in GRECO, Luís, MARTINS, António Carvalho (orgs.), *Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 57-106, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal compliance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. O tratamento penal ao abuso de autoridade no Direito brasileiro. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ALMEIDA, Júlia de Moraes; FERRARINI, Luigi Giuseppe (orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvin August de Sá*. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, p. 329-353, 2020.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Difel Difusão Editorial S.A., 1978

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista brasileira da advocacia - RBA*, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, pp. 441-464, jul./dez. 2008



II

CONFERÊNCIAS, COLÓQUIOS E CONGRESSOS





A)

RAGE, RECKONING & REMEDY

Global Meeting. Law and Society Association (LSA) 2022/ Lisbon 2022¹

IRA, INDIGNAÇÃO E SOLUÇÕES

Reunião Global. Associação Lei e Sociedade (LSA) 2022/ Lisboa 2022

¹ LSA. Global Meeting - Lisbon (13/16 de July de 2022, at ISCTE). LSA. Reunião Global. Lisboa (13/16 de Julho de 2022, no ISCTE)



POWER, ALIENATION, AND HUMAN RIGHTS¹

PODER, ALIENAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

PRESENTATION

APRESENTAÇÃO

Margarida d'Olivera Martins²

DOI: <https://doi.org/10.34628/prw5-rz43>

It was held in Lisbon the LSA Global Meeting 2022, over the thematic of “Rage, Reckoning and Remedy”.

Professor Margarida Salema d' Oliveira Martins, Coordinator of the project “An Ethical Culture of Anti-Corruption: Law, Dialogue, Action, and Education” from CEJEA – Centre for Legal, Economic and Environmental Studies of Lusíada University, and responsible for the research line, Transnational Public Law, submitted a proposal for a panel, which was accepted. The panel was titled “Power, Alienation, and Human Rights”.

Considering the overall topic, the panel called for papers that could address socio-legal contributions integrating, analysing and addressing human rights issues related to contemporary challenges to human rights. In particular, the discussion of complex issues that arise from biotechnologies, genetic selection, Assisted Reproductive Technologies, AI tools; the impact the COVID pandemic. On another perspective, corruption lays at risk the normal functioning of democratic

¹ Painel coordenado por Margarida d'Oliveira Martins. PhD (Law) Professora da Universidade Lusíada – Lisboa.

² PhD (Law) Professora da Universidade Lusíada – Lisboa.

institutions and promotes the asymmetry and inequality between people and the full exercise of their rights.

At the said session were presented five papers from Professors Augusto Meireis, Daniel Tavares, Cristina Aragão Seia, Fernando Torrão, and Rui Marana.

Professor Margarida Salema d' Oliveira Martins was the Chairperson of the session, and the role of Discussant was fulfilled by Dr. Marisa Almeida Araújo, and the panel had, as participants, the above referred professors.

The panel was financed by national funds by FCT - Foundation for Science and Technology, under the Project UIDB/04053/2020.

The purpose of this publication is the written publication of the interventions given in this panel, in English and the respective versions or summaries in Portuguese if these have been made available by the authors.

THE ROLE OF DEMOCRACY IN TURBULENT TIMES

O PAPEL DA DEMOCRACIA EM TEMPOS TURBULENTOS

Margarida d'Oliveira Martins³

DOI: <https://doi.org/10.34628/4eatw-7w65>

1. General considerations

In the third decade of the 21st century, we find that we are dealing again with issues that seemed long surpassed in the theories of political leadership. If, in the first decade, we faced the phenomenon of terrorism and financial crisis, in the second decade, migration crisis and the persistence of conflicts with no solution, it is during the third decade that the pandemic and the spread of an unthinkable war in Europe arise. All this without ignoring climate issues with destructive effects on planet Earth.

In the face of these global phenomena, did we identify preparations, foresight or solution strategies in the traditional decision-making frameworks of power? The structures created in the previous century on a universal and regional level are the same in terms of objectives, purposes and legal capacity - organic apparatuses dominantly representing national interests with majority voting forms that are barely distinguishable from unanimity and difficulty in implementing transnational legal frameworks that effectively show that the rule of law must prevail in social relations, in a free, plural and democratic society.

Even in European terms, where an European Union stands out opening a path with more setbacks (see Brexit, the difficulty in issues of rights and freedoms in some eastern countries and the disunity in migratory issues) than advances

³ PhD (Law) Professora da Universidade Lusíada - Lisboa. Session Chair - Keynote speaker.

(see the sanctions adopted against Russia and the strengthening of NATO) we can note some exhaustion of new ideas and proposals.

As Paulo Rangel mentions, “Perhaps it is even worth asking whether the progressive weakening of national states, severely injured at the moment by the global process of “deterritorialization” of power, does not indicate a new composition (or constitution?) of political communities as a whole. A composition in which the (national) state is one of the most relevant actors, but in which it is no longer alone and is no longer capable of absorbing and expressing the entire political tensions. The state according to the old doctrine – lives of the territory and the “political place” of the territory cannot be – nor is, nor it will be- anymore the same in a society marked by globalization, mobility, technology, interactivity and communication. Power “deterritorialized itself” and, therefore, also “de-stated”. Which, by the way, also puts national democracy itself in a crisis, based as it is on the territorial constituencies of voting and on the idea that the “constituency” still determines the “geographic circle of power. This is a complex development that suggests that the Union’s “institutional wit” is being built between the gaps and fractures of the national democratic deficit” (On Parliament, Minerva, Artes Gráficas, 2022, p. 94).

The issue of sanctions and their implementation are almost a paradox compared to the previous paradigm of strengthening the rule of law in the European Union with the creation of the European rule of law mechanism in 2019 implemented in 2020 and 2021 in the midst of the pandemic. This new mechanism built outside the Treaties is intended to monitor significant developments relating to the rule of law in Member States due to the difficulties in applying article 7 of the EU Treaty to countries as Hungary and Poland. The monitoring covers four pillars: justice systems, anti-corruption framework, media pluralism and other institutional issues related to checks and balances.

In the field of anti-corruption and the envisaged framework, we do not find any reference to political parties - fundamental supporting actors in representative democracies.

This brings us back to the question of political parties and their programs, to their ideologies or lack thereof and to their funding in order to understand whether their national organizations gain ideological influence by virtue of their financial support and their ability to mobilize power-winning forces.

2. The importance of political parties

Political parties continue to be the main political actors in European representative democracies and even in dictatorships - there is no country where they do not exist regardless of their nature, functions and role in domestic legal systems.

They constitute an unavoidable pillar in political systems.

It is not because they are the basis of the legislative power or at the basis of other powers of the State, especially the executive, that political parties can discretionally dictate the rules to which they will be subject. Excepting, of course, the internal power of self-regulation that they have as private entities.

The freedom of action must also be limited in order to place political parties under the law that must rule everybody equally.

Democracy, as we know it today, goes far beyond the recognition of fundamental political freedoms and rights like the right to participate in public/political life and access to public/political positions, the right to suffrage, freedom of association, freedom of expression, etc. It is increasingly required that political actors, in particular political parties, present themselves in their organization, functioning and activity not only in a democratic way but above all transparently. The value of transparency erected as a legal-political principle corresponds to an ethical-social imperative of current times that cannot be neglected.

3. Money and politics

The problem of the relationship between money and politics has been studied for a long time, but only at the end of the 20th century, and with urgency in the 21st century, took on alarming features, with some who defended that politics could be “captured” by private economic interests that would dictate electoral results and, through them, the essential political decisions thus generating the dependence of political power on economic power⁴.

There were several fronts object of studies at a global scale as it no longer mattered only the study of insignificant national orbits. With the development of social networks, in global terms, the necessary conditions were created to closely examine the specific issue of party politics reality⁵.

⁴ “Understanding and addressing the role of money and its influence in politics can no longer be a taboo subject. When public policy making is captured by private interests, the “rules of the game” for markets and opportunities may be bent to favour the few and violate the interest of the many. The consequences include the erosion of democratic governance, social cohesion, and equal opportunities for all, as well as the decline of trust in democracy itself. The laborious recovery from the financial crisis, together with the widening income gaps between rich and poor, heighten the risk of policy capture while testing the ability of governments to develop and deliver policies and programmes that benefit all citizens”, refers ANGEL GURRÍA, Secretary General of the OECD in the preface to the work OECD (2016), *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249455-en>.

⁵ *Idem*, *ibidem*, “The Framework on Financing Democracy presented in this report is intended to shape the global debate on risks and policy options and provides tangible advice for the funding of political parties and electoral campaigns”.

Paradoxical as it may seem, it is within the scope of the United Nations with the pretext of works on democratization that the first studies on a global scale appear⁶.

4. Political funding

The issue of uncontrolled, secretive and opaque political funding was identified in 2012 by the Global Commission on Elections, Democracy and Security as a major challenge to the integrity of elections not only in emerging democracies but in consolidated and mature democracies alike⁷.

This Global Commission on Elections, Democracy and Security was established as a joint initiative of the Kofi Annan Foundation and the International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA).

The Global Commission argued that poorly regulated political funding could jeopardize political equality contributing to the criminal purchase of undue political influence and thus undermining public confidence in elections.

As Kofi Annan points out, the possibility for political parties to represent the interests of donors who finance them, especially in cases where very wealthy companies and individuals are able to contribute large donations to buy more influence by disproportionately interfering in decisions, alienates and marginalizes people in the political process. The lack of citizen participation in political parties further contributes to people's estrangement and dissociation from politics⁸.

While acknowledging that the funding of political parties and electoral campaigns plays an essential role in the functioning of democracy, he states that if the money injected into politics is not regulated it means that the political field is not balanced⁹.

The explosive growth of campaign expenditures especially in the period before the severe financial crisis of 2008 leads to the perception that wealth buys political influence and threatens political equality. Even the abuse of state resources

⁶ Since democracy is one of the pillars and fundamental values of the UN, it has developed several initiatives, through several of its bodies and services, on the theme of democracy. Just to give a small example, since 1988 the General Assembly has adopted at least one resolution per year concerning an aspect of democracy. See United Nations website.

⁷ See 2012 Global Commission on Elections, Democracy and Security Report, "Deepening Democracy: A Strategy for Improving the Integrity of Elections Worldwide" at <http://www.Global-commission.org/report>.

⁸ KOFI A. ANNAN, Chair of the Global Commission on Elections, Democracy and Security in the prologue to the book *Funding of Political Parties and Election Campaigns, A Handbook on Political Finance*, ed. ELIN FALGUERA, SAMUEL JONES and MAGNUS OHMAN, electronic edition, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014, pp. III and IV (Stockholm print edition, 2014, ISBN 978-91-87729-24-9).

⁹ Idem.

by the ruling party to put itself at an advantage is a problem in many countries. Recent years have seen an increasing penetration of transnational organized crime and illicit funds into politics, particularly in Latin America, West Africa and many other parts of the world, where electoral finances are opaque and lack transparency and oversight allowing these groups to gain greater influence over those elected by funding their campaigns. This undermines democracy, good governance and the rule of law with negative consequences for economic development and poverty alleviation¹⁰.

In this context, Kofi Annan advocates better control of political funding which requires full transparency and disclosure of actions with sanctions for non-compliance. Effective surveillance and law enforcement are also crucial¹¹.

In an attempt to gain a global understanding of the various issues that arise about money in politics, IDEA, inter alia, edited in 2003 the "International IDEA Handbook Funding of Political Parties and Election Campaigns". It was a unique global initiative that provided an overview of global political finance, as stated by Yves Leterne, Secretary General of International IDEA¹².

From there, and based on a database on political financing¹³ that is the most comprehensive source worldwide on this matter, a new handbook was prepared in 2014¹⁴ that aims to analyze the regulations of political financing around the world using a geographical criterion that reveals trends and internal views of what has or has not worked in different contexts.

It is actually a very important effort that involved the collaboration of a huge group of authors who manage to reach general conclusions of the highest relevance in terms of democracy development.

It is therefore interesting to emphasize that, after all, a topic that would be merely internal/national has a global projection that without transforming it into a transnational theme, since funding continues to operate at the national level for national political parties and national election campaigns, except in the case of the European Union political parties, ends up being the object of global comparative law studies by non-governmental organizations in close articulation with international organizations.

It is generally recognized that political funding is necessary and plays a positive role in strengthening political parties and candidates providing opportunities to compete on equal terms¹⁵.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² See Preface to the Handbook on Political Finance 2014 cit. in footnote 5.

¹³ See [http:// www. Idea.int/political-finance](http://www.Idea.int/political-finance).

¹⁴ See Handbook on Political Finance 2014 cit. in footnote 5.

¹⁵ See MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 1.

However, under the surface of the political party system, reality can operate very far from the ideals on which the democratic process is based. Many extreme factors can undermine elections, from elite domination to electoral fraud, and the use or threat of force. One of the most corrosive factors in the democratic process is the undue influence of money that allows the purchase of votes or the influence of political decisions, for example through bribes. Foreign interests and criminal groups manipulate politics in their favor and government parties use state resources to maintain power ¹⁶.

Transparent and open funding of political parties and candidates is critical in the fight against corruption and in gaining or maintaining citizens' trust in politics.

Concern about the seriousness of the problems and threats that corruption poses to the stability and security of societies, insofar as it undermines the institutions and values of democracy, ethical values and justice, and insofar as it compromises sustainable development, and the rule of law was recognized by the 2003 United Nations Convention against Corruption.

Article 7(3) states: "Each Signatory State shall also consider the adoption of appropriate legislative and administrative measures consistent with the objectives of this Convention and in accordance with the fundamental principles of its domestic law in order to increase the transparency on the funding of candidacies to elective public offices and, where appropriate, the funding of political parties".

And paragraph 4 of the same article provides: "Each Signatory State shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavor to adopt, maintain and strengthen systems aimed at promoting transparency and avoiding conflicts of interests".

In the global analysis to which we refer, political funding is defined as any and all funding, whether legal or illegal, of activities of political parties and electoral campaigns, in this case conducted by candidates, political parties or third parties.

In the around 180 countries covered by the IDEA database, all have some regulation in this area, such as bans on donations from certain sources, spending limits and precepts on public funding. This is the case even in more recent states such as South Sudan and post-Gaddafi Libya ¹⁷.

However, the mere existence of formal legal regulation to a greater or lesser degree does not guarantee that it is adequate to the context in which it exists. More important may be whether the rules apply or not, whether there is impunity or even whether sanctions for violating them apply only to opponents of Government. Hence, it is preferable for law enforcement and control entities to ensure

¹⁶ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 1-2.

¹⁷ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 3.

compliance, increasing transparency about the origin and mode of use of the money. Paradoxically, the failure to apply sanctions weakens respect for the law.¹⁸

In addition, political parties as main actors must internally demonstrate that they intend to comply with the law. It should be noted that it is the elected representatives of the parties that adopt the legislation so the main responsibility falls on them¹⁹.

Considering, in general, that the three main sources of party income are donations, public funding and membership fees, with different weights in the respective accounts that require different forms of fundraising, internal controls and reporting requirements, it is clear that public funding, for example, is easier to control as it depends exclusively on state payments while the other sources present various risks from internal theft to diversion to internal political competition or even hiding prohibited donations. The internal capacity to control income and costs is an essential aspect of the funding regime, even though parties with few resources and which rely solely on the volunteering of their militants often do not have the human resources for this purpose. Laws depend, therefore, on the ability and will of the parties without which the laws will not have an effective control²⁰.

One cannot properly speak of a unique type of regulation of political financing to be adopted, as it is necessary to consider the existing political system, the degree of democracy development, the type of election, the electoral system, etc., thus realizing that legislation varies from country to country although there are some similar features.

Also depending on the nature of the parties, as public or private entities that organize and support political participation, some would argue that they should not have rules that allow external interference, as these rules limit their freedom and, in this way, prove to be more negative than beneficial and their finances is an internal matter. Another view, accepting the traditional role of political parties and their separation from governmental powers, understands, however, that their functions are closer to those governmental bodies and therefore their activity must be maximized for the utility it brings to the democratic process. This can introduce limits on public expenditure and funding ("manufactured equality")²¹.

In Europe, parties play an essential role in democracy during election periods, but especially between elections, while in the United States of America they are less relevant outside election periods. For some, the candidates individually considered are more important for the democratic process and therefore it should be these and not the parties that are preferentially financed. There are those who

¹⁸ V. MAGNUS OHMAN, in *Handbook on Political Finance 2014* cit., p. 4.

¹⁹ V. MAGNUS OHMAN, in *Handbook on Political Finance 2014* cit., p. 4.

²⁰ V. MAGNUS OHMAN, in *Handbook on Political Finance 2014* cit., pp. 4-5.

²¹ V. MAGNUS OHMAN, in *Handbook on Political Finance 2014* cit., p. 16.

consider that any public intervention in the functioning of political parties is harmful to democracy - the State, the government or the public administration should not control how money is raised and spent on politics²², and from this perspective there should only be a regulation in to obtain more transparency for example by forcing parties to publish their accounts. In another opposite view it is understood that the State must guarantee equity between political parties and citizens, hence, for example, the question of limits to donations, questioning whether these are limitations on freedom of expression or if it is part of the functions of the State to guarantee a balanced competition and to react to the undue influence of financially powerful interests.

There is no universal model for regulating political financing as the political system and technical factors must be considered from the outset. The electoral system is a decisive factor, because in proportional representation systems with closed lists, candidates have a smaller role - some countries exclude them from campaign financing. On the other hand, in majority systems based on single-member constituencies, candidates have a relevant role, although the rules on limits and disclosure relating to parties may be applied in case of gaps in the legislation applicable to candidates.

The system of government is also a factor to consider in political financing, as in presidential regimes parties are generally weaker and play a central role in parliamentary regimes.

The party system is also very relevant, depending on whether it is one-party, dominant-party, bipartisan or multiparty.

Technical factors such as the available banking and financial system and information technology available play an essential role (processing donations electronically for better control could be an excessive requirement in countries without bank branches outside large cities)²³.

Many problems arise from the political system, such as unequal access to funding, the ability of large interests to unduly influence politics, domination of politics by business interests, abuse of state resources, and widespread vote buying. There are also problems such as control, legislation, political will, popular acceptance, lack of independence of institutions, discriminatory application of the law, lack of resources to implement the law, etc.²⁴.

All states have some regulation of political finance with regulations varying considerably across the globe.

While private funding is subject to restrictions and limitations of various kinds, and can be direct, indirect, informal and more difficult to scrutinize, public

²² V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 17.

²³ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 18-19.

²⁴ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 20.

funding for political parties, which is not often available for candidates, offers advantages such as ensuring that all relevant political forces have the resources to reach the electorate enhancing pluralism and limiting the advantages of competitors who have significant resources. These public funding rules and goals will only work if combined with limitations on donations and/or expenses to allow the sanction of suspension of funding if the party or candidate does not comply with other rules such as spending limits or accountability obligations.

Public funding can be direct or indirect. It will be straightforward when processing through cash delivery. It will be indirect when it consists of the delivery of goods or the provision of free or subsidized services.

It is necessary to assess who is entitled to receive funding (eligibility threshold) and how it should be distributed among those eligible (allocation criterion).

It seems wise to admit that all political parties and candidates should have access to public funds. This approach entails, from the outset, the risk of parties forming or people running only to obtain state funding. It can also be a waste of public resources to support parties and candidates without support from the electorate²⁵.

In most countries, a threshold of support is adopted to obtain access to public funding, normally a certain percentage of votes obtained in an election or a certain number of seats obtained in the elective body. If the threshold is too high, it will be more difficult for new political forces to emerge.

The types of eligibility criteria also depend on the timing of the distribution, ie before or just after the election.

As for the allocation criteria, perhaps the most democratic solution would be to provide all competitors with the same amount of support. But given the differences between parties with strong electoral support and parties with weak electoral support, the position of voters should not be overlooked either. Consideration should also be given to the fragmentation of the political party, since, in the event of a split, there could be additional funding and, in the event of a merger, a decrease in funding.

The most common option is to allocate all or part of the funding in proportion to the support the party had in the elections usually in terms of percentage of votes or seats obtained.

There are alternative ways of distributing public funding, such as the matching funds system used in the United States of America and Germany, in which public funding corresponds to all or part of the funds raised from individuals by the parties and candidates. This system favors those who obtain private fundraising. However, this system also lends itself to fraud, namely by obtaining

²⁵ V. MAGNUS OHMAN, in *Handbook on Political Finance 2014* cit., pp. 22-23.

donations from individuals to increase public funding and returning them to individuals after receiving the state subsidy.

Many countries also provide indirect public funding. The most common type is free or subsidized access to public media usually for campaign or propaganda purposes. There are also other types of indirect funding such as tax exemptions for parties, candidates or donors, access to public buildings for campaign events and subsidized mail. This type of financing is easier to control and requires lower public funds.

Also relevant is the time, before or after the election campaign, at which funds are distributed.

While on the revenue side, in particular donations, there are many examples of prohibitions, as seen above, on the expenditure side, there are few prohibited categories.

The purchase of votes and the use of public resources for partisan purposes, naturally excluding regulated public funding, are banned everywhere. Furthermore, there are few examples of other types of bans other than a ban on television advertising and sometimes any advertising, but only in a limited number of countries.

As for spending limitations, the most common ones have to do with election campaigns. In this case, the objective is to reduce the advantages of political parties and candidates with access to large sums of money. There are special cases of limitations for candidates who finance their campaigns with their personal money or for party leaders who finance a large part of the party they run, cases that arise both in emerging democracies and in consolidated democracies. The use of personal fortune doesn't provoke undue effect on himself but the resulting benefits coming from it may be limited either by extending the limits of donations to donations to oneself or by imposing limits on expenses²⁶.

A different question is whether there should be limits on campaign expenditures for third parties, that is, actors who are neither political parties nor candidates. The ideal solution would be to prohibit the participation in electoral campaigns of all those who are not running directly, but in some countries this solution could be seen as a violation of human rights, in particular freedom of expression ("freedom of speech"). Most countries do not have rules on third-party expenditure, and those that do either impose limits on such expenditure or require third-parties to submit financial reports (this is mostly English-speaking democracies).

In addition to regulation on income and costs, it is important to know the obligations to which political actors are subjected, highlighting, as a central ele-

²⁶ V. MAGNUS OHMAN, in *Handbook on Political Finance 2014* cit., pp. 25-26.

ment of any regulatory system, the obligation to provide information on fundraising and the destination of expenditure.

This obligation to provide information is intended to achieve the transparency referred to in the United Nations Convention against Corruption and to facilitate enforcement of the law in particular the rules on prohibitions and limits on donations and expenditures. In about 90% of countries there is this type of information requirement that is normally applicable to political parties and candidates. The information required varies, with one of the most contentious issues being the disclosure of donor identity. In some countries, identity must only be revealed when contributions exceed a certain amount. It is about striking a balance between transparency and protecting the privacy of small donors.

On the other hand, the accounts or the provision of information are not always accessible to the public, contrarily to the case in around 20% of the countries. There are cases where the reports are heavy and difficult to access, so some argue that they should be available in a simple and searchable form.

As for the frequency and date of delivery of reports, there are solutions for requiring regular reports for political parties and reports for electoral campaigns that may cover income, expenses, assets and debts.

Legislation can be formally well drafted, although this is not enough as it must still have the necessary means to ensure enforcement. It is known that monitoring donations is difficult, as they are often secretly delivered. The ban on corporate donations may seem easy to enact, but it is much more complicated to prevent corporate funds from being channeled to political parties through individual persons, such as the directors of those companies. From another perspective, one should also consider the weight of the burden on parties in relation to the application of legislation, and one may ask whether legislation is necessary when the benefits are minimal and the burdens are high²⁷.

There is no regulatory framework that guarantees the effective application of the rules on political financing, as political factors always play a role that is complicated by the reason that the laws on the financial obligations of parties are adopted by the parties themselves.

Thus, effective enforcement requires a public institution with a clear mandate and sufficient independence, resources and willingness to address political financing issues.

Such public institutions, responsible for enforcing the law on political financing, must have the mandate and the necessary capacity to carry out this function effectively and act independently and with conviction. This does not mean that they should apply severe sanctions for minor infractions, but that they should have a positive commitment to political agents so that they progressively understand

²⁷ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 31.

the need for financial supervision and demonstrate their willingness to comply. Of course, when applying sanctions, proportionality and the impact on political pluralism and democratic progress must be observed. Institutions must also adopt good regulatory practices, with transparency, consistency and accountability²⁸.

There must also be a set of sanctions that are enforceable, proportionate and dissuasive to punish violations. The imposition of fines, loss of public funding and even imprisonment may prove necessary to avoid the most serious violations of the law. Almost all countries have sanctioning rules, with the fine being the most common.

One of the most important tasks of these institutions is to ensure that information on revenues and expenditures is public, allowing the media to use this information. The role of civil society should also be valued namely through information campaigns that can contribute to increasing transparency in political funding.

Another non-governmental organization on a global scale that deals with corruption and also this issue of political financing is International Transparency operating in more than 100 countries²⁹.

Its activity has focused on political integrity and in addition to issues of lobbying and conflicts of interest, the issue of party financing and electoral campaigns has also occupied its agenda.

In conclusion, I would say that we should not drop this matter which has already gained a global relevance.

(TRADUÇÃO EM PORTUGUÊS)

1. Considerações gerais

Na terceira década do século XXI, descobrimos que lidamos de novo com questões que pareciam há muito arredadas das preocupações das lideranças políticas mundiais. Se, na primeira década, vivemos o fenómeno do terrorismo e da crise financeira, na segunda década, as crises migratórias e a persistência de con-

²⁸ As MAGNUS OHMAN writes "The requirements for a political finance oversight body are similar to those for institutions that manage electoral processes as a whole. To sum up, these requirements include: • a clear and sufficient mandate that does not overlap with that of other institutions; • an inclusive and transparent process of leadership appointments that ensures independence from political pressures and public confidence; • secured tenure of leadership and staff to protect against undue influence; • sufficient funding and control over the budget of the institution; and the adoption of an attitude within the institution that it will act impartially and transparently and engage with the regulated community to (wherever possible) encourage compliance and prevent violations", in *Handbook on Political Finance 2014* cit., p. 31.

²⁹ V. sítio na Internet, <https://www.transparency.org/en/about>.

flitos irresolúveis, é na terceira década que surge a pandemia e o alastramento de um vírus devastador e uma guerra impensável na Europa. Isto sem ignorar as questões climáticas de efeitos destruidores no planeta Terra.

Perante estes fenómenos globais, houve preparação, antevisão ou estratégias de solução nos quadros tradicionais de decisão do poder? As estruturas criadas no século anterior à escala universal e regional que são as mesmas em termos de objetivos, fins, capacidade jurídica, aparatos orgânicos representativos de interesses nacionais predominantemente, com formas de votação maioritárias que mal se distinguem das unanimitárias com dificuldade de implementação de mecanismos jurisdicionais transnacionais que efetivamente demonstrem que o direito deve prevalecer nas relações sociais, numa sociedade livre, plural e democrática.

Mesmo em termos europeus onde pontifica uma União Europeia que vai desbravando caminho com mais reveses (veja-se o Brexit, a dificuldade nas questões dos direitos e liberdades nalguns países de leste e a desunião nas questões migratórias) do que avanços (vejam-se as sanções adotadas contra a Rússia e o fortalecimento da NATO) se denota algum esgotamento de novas ideias e propostas.

Como refere Paulo Rangel

“Perhaps it is even worth asking whether the progressive weakening of national states, severely injured at the moment by the global process of “deterritorialization” of power, does not indicate a new composition (or constitution?) of political communities as a whole. A composition in which the (national) state is one of the most relevant actors, but in which it is no longer alone and is no longer capable of absorbing and expressing the entire political tensions. The state according to the old doctrine – lives of the territory and the “political place” of the territory cannot be – nor is, nor it will be – anymore the same in a society marked by globalization, mobility, technology, interactivity and communication. Power “deterriorialized itself” and, therefore, also “de-stated”. Which, by the way, also puts national democracy itself in a crisis, based as it is on the territorial constituencies of voting and on the idea that the “constituency” still determines the “geographic circle of power. This is a complex development that suggests that the Union’s “institutional wit” is being built between the gaps and fractures of the national democratic deficit” (On Parliament, Minerva, Artes Gráficas, 2022, pág. 94).

A questão das sanções e a respetiva implementação constituem quase um paradoxo relativamente ao paradigma anterior de reforço do Estado de direito na União Europeia com a criação do *European rule of law mechanism* em 2019 e implementado em 2020 e 2021, em plena pandemia. Este novo mecanismo construído fora dos Tratados destina-se a acompanhar a evolução significativa do Estado de direito nos Estados membros, naturalmente devido às dificuldades na aplicação do artigo 7.º do Tratado da UE a países como a Hungria e a Polónia. O monitoramento abrange quatro pilares: sistemas de justiça; quadro anticorrupção, pluralismo dos meios de comunicação social e outras questões institucionais relacionadas relativas a freios e contrapesos.

Na área da anti-corrupção e do quadro previsto, não encontramos referência aos partidos políticos, atores fundamentais de suporte das democracias representativas.

Isto reconduz-nos à questão dos partidos políticos e aos seus programas, às suas ideologias ou falta delas, ao seu financiamento no sentido de perceber se às suas organizações nacionais chegam a influência ideológica por força dos seus suportes financeiros e da sua capacidade de mobilização das forças ganhadoras do poder.

2. A importância dos partidos políticos

Os partidos políticos continuam a ser os principais atores políticos nas democracias representativas europeias e mesmo nas ditaduras, não se registando país onde estes não existam, independentemente da sua natureza, das suas funções, do seu papel, nos ordenamentos jurídicos internos.

Constituem um pilar incontornável nos sistemas políticos.

Não é por serem a base do poder legislativo e por estarem na base de outros poderes do Estado, sobretudo do executivo, que podem discricionariamente ditar as regras a que se hão-de sujeitar para além do poder interno de autorregulação que dispõem como entidades privadas que normalmente são.

A liberdade de atuação também há-de circunscrever-se de modo a colocar-se sob a alçada da lei que a todos há-de reger por igual.

A democracia, como hoje se configura, vai muito além do reconhecimento de liberdades e direitos políticos fundamentais, como o direito de participação na vida pública/política e no acesso a cargos públicos / políticos, direito de sufrágio, a liberdade de associação, liberdade de expressão, etc. Exige-se num processo progressivo que os atores políticos, em particular os partidos políticos, se apresentem na sua organização, funcionamento e atividade não apenas de forma democrática, mas sobretudo transparente. O valor da transparência erigido em princípio jurídico-político corresponde a um imperativo ético-social dos tempos presentes que não pode ser descurado.

3. O dinheiro e a política

A problemática da relação do dinheiro com a política é estudada há muito, mas só no final do século XX, e com premência no século XXI, assumiu contornos alarmantes, havendo quem tivesse defendido que a política poderia estar “capturada” por interesses económicos particularistas que ditariam os resultados eleitorais e, por via destes, as decisões políticas essenciais, assim se gerando a dependência do poder político ao poder económico ³⁰.

Várias foram as frentes objeto de estudos à escala global, pois já não importava apenas o estudo das órbitas nacionais insignificantes para uma escala muito superior. Com o desenvolvimento das redes sociais, em termos planetários, estavam criadas as condições necessárias para examinar de perto a específica questão da realidade partidária ³¹.

Por paradoxal que possa parecer, é no âmbito das Nações Unidas e a propósito dos trabalhos sobre democratização que surgem os primeiros estudos à escala global ³².

4. O financiamento político

A questão do financiamento político descontrolado, secreto e opaco foi identificado em 2012 pela *Global Commission on Elections, Democracy and Security* como um desafio maior à integridade das eleições não apenas em democracias emergentes, mas igualmente em democracias consolidadas e maduras ³³.

³⁰ “Understanding and addressing the role of money and its influence in politics can no longer be a taboo subject. When public policy making is captured by private interests, the “rules of the game” for markets and opportunities may be bent to favour the few and violate the interest of the many. The consequences include the erosion of democratic governance, social cohesion, and equal opportunities for all, as well as the decline of trust in democracy itself. The laborious recovery from the financial crisis, together with the widening income gaps between rich and poor, heighten the risk of policy capture while testing the ability of governments to develop and deliver policies and programmes that benefit all citizens”, refere ANGEL GURRÍA, Secretário-Geral da OCDE no prefácio à obra OECD (2016), *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249455-en>.

³¹ Idem, *ibidem*, “The Framework on Financing Democracy presented in this report is intended to shape the global debate on risks and policy options, and provides tangible advice for the funding of political parties and electoral campaigns”.

³² Sendo a democracia um dos pilares e valores fundamentais da ONU, esta tem desenvolvido diversas iniciativas, através de vários dos seus órgãos e serviços, na temática da democracia. Só para dar um pequeno exemplo, desde 1988 que a Assembleia-Geral adota pelo menos uma resolução por ano relativa a um aspeto da democracia. Ver sítio das Nações Unidas na Internet.

³³ V. Relatório da Global Commission on Elections, Democracy and Security de 2012, “Deepening Democracy: A Strategy for Improving the Integrity of Elections Worldwide in <http://www.Global-commission.org/report>.”

Esta Comissão Global sobre Eleições, Democracia e Segurança foi instituída por iniciativa conjunta da Fundação Kofi Annan e do Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (International IDEA).

A Comissão Global defendia que o financiamento político pouco regulado poderia pôr em causa a igualdade política, contribuir para a compra criminosa de influência política indevida assim minando a confiança pública nas eleições.

Como refere Kofi Annan, a possibilidade de os partidos políticos representarem os interesses dos doadores que os financiam, sobretudo nos casos em que as empresas e os indivíduos muito ricos são capazes de contribuir com doações avultadas para comprar mais influência interferindo desproporcionadamente nas decisões afasta e marginaliza as pessoas do processo político. A falta de participação dos cidadãos nos partidos políticos contribui ainda mais para o afastamento e dissociação das pessoas da política³⁴.

Embora reconhecendo que o financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais tem um papel essencial no funcionamento da democracia, afirma que se o dinheiro injetado na política não for regulado, isso significa que o campo político não está equilibrado³⁵.

O crescimento explosivo das despesas de campanha sobretudo no período anterior à grave crise financeira de 2008 induz a perceção de que a riqueza compra a influência política e ameaça a igualdade política. Mesmo o abuso dos recursos do Estado pelo partido dominante para se colocar numa posição de vantagem constitui um problema em muitos países. Nos anos mais recentes tem-se assistido a uma crescente penetração do crime organizado transnacional e de fundos ilícitos na política, sobretudo na América Latina, África Ocidental e em muitas outras partes do mundo, em que as finanças eleitorais são opacas e falta transparência e fiscalização, o que permite obter maior influência sobre os eleitos através do financiamento das suas campanhas. Isto mina a democracia, a boa governação e o primado do direito, com consequências negativas para o desenvolvimento económico e a diminuição da pobreza³⁶.

Nesta base, Kofi Annan defende um melhor controlo do financiamento político, o que exige transparência total e divulgação das ações com sanções para o não cumprimento. Também são cruciais uma fiscalização efetiva e a aplicação da legislação³⁷.

³⁴ KOFI A. ANNAN, Presidente da Global Commission on Elections, Democracy and Security no prólogo do livro *Funding of Political Parties and Election Campaigns, A Handbook on Political Finance*, ed. ELIN FALGUERA, SAMUEL JONES e MAGNUS OHMAN, edição eletrónica, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014, pp. III e IV (edição impressa Estocolmo, 2014, ISBN 978-91-87729-24-9).

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

Tentando obter um conhecimento global relativamente às diversas questões que se colocam sobre o dinheiro na política, o IDEA, *inter alia*, editou em 2003 o “International IDEA Handbook Funding of Political Parties and Election Campaigns”. Tratou-se de uma iniciativa global única que fornecia uma perspetiva geral do financiamento político à escala mundial, como refere Yves Leterne, secretário-geral do International IDEA³⁸.

A partir daí, e com assento numa base de dados sobre financiamento político que constitui a fonte mais exaustiva à escala mundial nesta matéria, foi elaborado novo manual em 2014³⁹ que pretende analisar as regulações do financiamento político em todo o mundo, utilizando um critério geográfico que revela tendências e visões internas do que tem ou não tem funcionado nos diferentes contextos.

Trata-se na verdade de um esforço muito relevante que implicou a colaboração de um enorme conjunto de autores que conseguem chegar a conclusões gerais da maior relevância em termos de desenvolvimento da democracia.

É assim interessante realçar que afinal um tema que seria meramente interno/nacional reveste uma projeção global que sem o transformar em tema transnacional, pois o financiamento continua a operar no âmbito nacional, dos partidos políticos nacionais e das campanhas eleitorais nacionais, salvo o caso do partido político europeu, acaba por ser objeto de estudos globais de direito comparado por organizações não governamentais a montante e a jusante de organizações internacionais.

É geralmente reconhecido que o financiamento político é necessário e desempenha uma função positiva para o fortalecimento dos partidos políticos e dos candidatos, fornecendo oportunidades para concorrerem em termos mais igualitários⁴⁰.

Contudo, sob a superfície do sistema político partidário, a realidade pode funcionar de forma muito distante dos ideais em que o processo democrático se baseia. Muitos fatores extremos podem minar as eleições, desde a dominação de uma elite, à fraude eleitoral e ao uso ou ameaça de uso da força. Um dos fatores mais corrosivos do processo democrático é a influência indevida do dinheiro que permite a compra de votos ou a influência das decisões políticas, por exemplo através de subornos. Interesses estrangeiros e grupos criminosos manipulam a política a seu favor e partidos de governo usam os recursos do Estado para se manter no poder⁴¹.

³⁸ V. Prefácio ao Handbook on Political Finance 2014 cit. na nota 5.

³⁹ V. Handbook on Political Finance 2014 cit. na nota 5.

⁴⁰ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 1.

⁴¹ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 1-2.

O financiamento transparente e aberto dos partidos políticos e candidatos é fundamental no combate contra a corrupção e para obter ou manter a confiança dos cidadãos na política.

A preocupação com a gravidade dos problemas e das ameaças que a corrupção coloca à estabilidade e segurança das sociedades, na medida em que mina as instituições e os valores da democracia, os valores éticos e a justiça e na medida em que compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de direito foi reconhecida pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 ⁴².

O n.º 3 do seu artigo 7.º refere :“ Cada Estado Parte deverá igualmente considerar a adopção de medidas legislativas e administrativas adequadas, compatíveis com os objectivos da presente Convenção e em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, com o fim de aumentar a transparência do financiamento das candidaturas a funções públicas electivas e, se for caso disso, o financiamento dos partidos políticos “.

E o n.º 4 do mesmo artigo dispõe: “ Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, esforçar-se no sentido de adoptar, manter e reforçar sistemas destinados a promover a transparência e a evitar os conflitos de interesses”.

Na análise global a que aludimos, o financiamento político é definido como todo e qualquer financiamento, seja legal seja ilegal, de atividades dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, neste caso conduzidas por candidatos, partidos políticos ou por terceiros.

Nos cerca de 180 países focados pela base de dados da IDEA todos contemplam alguma regulação nesta área, tal como proibições de donativos de certas origens, limites de despesas e preceitos sobre financiamento público. Isso sucede até nos Estados mais recentes como o Sudão do Sul e na Líbia pós- Khadafi ⁴³.

Contudo a mera existência de regulação legal formal em maior ou menor grau não garante que esta seja adequada ao contexto em que vigora. Mais importante poderá ser saber se as regras se aplicam ou não, se há impunidade ou até se as sanções para a sua violação se aplicam apenas aos opositores do regime. Daí que seja preferível que as entidades de aplicação e controlo da lei garantam o seu cumprimento, aumentando a transparência acerca da origem e do modo de utilização do dinheiro. Paradoxalmente a não aplicação de sanções enfraquece o respeito pela lei ⁴⁴.

⁴² V. § 1 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003 e em vigor desde 14 de dezembro de 2005, contando com 186 Partes, incluindo a União Europeia, in United Nations, Treaty Series, vol. 2349, p. 41; Doc. A/58/422. Portugal ratificou a Convenção em 2007 – ver Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007 in DR n.º 183/2007, Série I, de 21 de setembro.

⁴³ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 3.

⁴⁴ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 4.

Acresce que os partidos políticos como atores principais devem internamente demonstrar que pretendem cumprir a lei. Repare-se que são os representantes eleitos dos partidos que adotam a legislação, pelo que sobre eles recai a principal responsabilidade ⁴⁵.

Considerando, em geral, que as três fontes principais dos rendimentos dos partidos são os donativos, o financiamento público e as quotas dos filiados, com peso diferente nas respetivas contas e que exigem diferentes formas de angariação, controlos internos e requisitos de reporte, verifica-se que o financiamento público por exemplo é mais fácil de controlar pois depende exclusivamente de pagamentos estatais enquanto as restantes fontes apresentam vários riscos desde furtos internos até desvios para candidaturas internas ou mesmo esconderijo de donativos proibidos. A capacidade interna de controlo dos rendimentos e dos custos é um aspeto essencial do regime de financiamento, ainda que muitas vezes os partidos com poucos recursos e que se apoiam apenas no voluntariado dos seus militantes não tenham recursos humanos para esse efeito. As leis dependem, pois da capacidade e vontade dos partidos sem os quais as leis não terão um controlo eficaz ⁴⁶.

Não se pode propriamente falar de um certo tipo de regulação do financiamento político a adotar porquanto é necessário considerar o sistema político existente, o grau de aperfeiçoamento da democracia, o tipo de eleição, o sistema eleitoral etc., assim se percebendo que as legislações variam de país para país embora existam algumas regulações similares.

Também consoante a natureza dos partidos, como entidades públicas ou privadas que organizam e apoiam a participação política, podem encarar-se no sentido de não deverem ter regras que permitam interferência externa, por serem limitativas da sua liberdade e por essa via mostrarem-se mais perniciosas do que benéficas, sendo que as suas finanças respeitariam ao seu foro interno. Outra visão, que aceitando o papel tradicional dos partidos políticos e a sua destrição dos poderes governativos, entende, contudo que as suas funções são mais próximas desses órgãos governativos e por isso a sua atividade deve ser maximizada pela utilidade que traz ao processo democrático. Pode assim introduzir-se limites às despesas e ao financiamento público (“manufactured equality”) ⁴⁷.

Na Europa, os partidos assumem um papel essencial na democracia nos períodos eleitorais, mas sobretudo nos períodos entre eleições, enquanto nos Estados Unidos da América têm menos relevância fora dos períodos eleitorais. Para uns, os candidatos individualmente considerados são mais importantes para o processo democrático e por isso devem ser estes e não os partidos a ser preferencialmente fi-

⁴⁵ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 4.

⁴⁶ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 4-5.

⁴⁷ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 16.

nanciados. Há quem considere que qualquer intervenção pública no funcionamento dos partidos políticos é perniciosa para a democracia pelo que o Estado, o governo ou a administração pública não deveriam controlar como é angariado e gasto o dinheiro em política ⁴⁸ e desse prisma deveria decorrer uma regulamentação no sentido de obter mais transparência, por exemplo, obrigando os partidos a publicar as suas contas. Noutra visão oposta, entende-se que o Estado deve garantir a equidade entre os partidos políticos e os cidadãos, daí decorrendo, por exemplo, a questão dos limites aos donativos questionando-se se são limitações à liberdade de expressão ou se faz parte das funções do Estado garantir o equilíbrio da concorrência e reagir à influência indevida de interesses financeiramente poderosos.

Não há, pois, um modelo de regulação do financiamento político, porque se devem ter em conta desde logo o sistema político e fatores técnicos. Assim, o sistema eleitoral é um fator decisivo, pois em sistemas de representação proporcional com listas fechadas, os candidatos têm um papel menor havendo países que os excluem do financiamento da campanha. Já em sistemas maioritários baseados em círculos uninominais, os candidatos têm um papel relevante, ainda que as regras sobre limites e divulgação relativas aos partidos possam ser aplicadas em caso de lacunas da legislação aplicável aos candidatos.

Também o sistema de governo é um fator a considerar no financiamento político, pois em regimes presidencialistas os partidos são geralmente mais fracos e assumem um papel central nos regimes parlamentares.

O sistema partidário também é muito relevante, consoante seja unipartidário, de partido dominante, bipartidário ou multi/pluripartidário.

Os fatores técnicos, tais como o sistema bancário e financeiro e a tecnologia de informação disponíveis desempenham um papel essencial (por exemplo, o processamento dos donativos eletronicamente para melhor controlo poderia ser uma exigência excessiva em países sem agências bancárias fora das grandes cidades)⁴⁹.

Do sistema político decorrem então muitos problemas a atentar como o acesso desigual ao financiamento, a capacidade de interesses vultuosos de influenciarem indevidamente a política, a dominação da política por interesses de negócios, abuso de recursos estatais, a compra generalizada de voto. Acrescem problemas como o controlo, a legislação, a vontade política, a aceitação popular, a falta de independência das instituições, a aplicação discriminatória da lei, a falta de recursos para implementar a lei etc. ⁵⁰.

Todos os Estados dispõem de alguma regulação do financiamento político, variando as regulações consideravelmente através do globo.

⁴⁸ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 17.

⁴⁹ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 18-19.

⁵⁰ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 20.

Enquanto o financiamento privado é objeto de restrições e limitações de variada ordem, podendo ser direto, indireto, informal e mais difícil de escrutinar, o financiamento público aos partidos políticos, não sendo frequente existir esse financiamento para candidatos, oferece vantagens como a de garantir que todas as forças políticas relevantes têm recursos para atingir o eleitorado, o que potencia o pluralismo, a de limitar as vantagens dos concorrentes que têm recursos significativos o que só funcionará se for conjugado com limitações aos donativos e/ou às despesas, a de permitir a sanção de suspensão do financiamento caso o partido ou o candidato não cumpra outras regras como as relativas aos limites de despesas ou às obrigações de prestar contas.

O financiamento público pode ser direto ou indireto. Será direto quando se processar através da entrega de dinheiro. Será indireto quando consistir na entrega de bens ou prestação de serviços gratuitos ou subsidiados.

Deve aferir-se quem tem direito a receber financiamento (limiar de elegibilidade) e como deve ser distribuído entre os elegíveis (critério de alocação).

Parece razoável admitir que todos os partidos políticos e candidatos deveriam ter acesso a fundos públicos. Esta abordagem envolve, desde logo, o risco de se formarem partidos ou de as pessoas se candidatarem apenas para obter financiamento do Estado. Também pode ser um desperdício de recursos públicos para apoiar partidos e candidatos sem apoio do eleitorado⁵¹.

Na maior parte dos países adota-se um limiar de apoio para obter acesso ao financiamento público, normalmente uma certa percentagem de votos obtida numa eleição ou um certo número de assentos obtidos no órgão eletivo. Se o limiar for muito elevado será mais difícil o surgimento de novas forças políticas.

Os tipos de critérios de elegibilidade também dependem do tempo da distribuição, ou seja, antes ou apenas depois da eleição.

Quanto aos critérios de alocação, a solução porventura mais democrática seria fornecer a todos os concorrentes o mesmo montante de apoio. Mas atendendo às diferenças entre partidos com forte apoio eleitoral e partidos com fraco apoio eleitoral também não deve descurar-se a posição dos eleitores. Deve atender-se ainda à fragmentação do partido político, pois, em caso de cisão, poderia haver financiamento adicional e, em caso de fusão, diminuição do financiamento.

A opção mais comum é alocar todo ou parte do financiamento em proporção ao apoio que o partido teve nas eleições, em regra em termos de percentagem de votos ou de assentos obtidos.

Há formas alternativas de distribuir o financiamento público, como o sistema de correspondência de fundos (“matching funds system”) utilizado nos Estados Unidos da América e na Alemanha, em que o financiamento público corresponde a todos ou parte dos fundos angariados de particulares pelos partidos e candida-

⁵¹ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 22-23.

tos. Este sistema privilegia aqueles que obtêm uma angariação de fundos privados⁵². Contudo, também este sistema se presta a fraudes, nomeadamente através da obtenção de donativos de particulares para aumentar o financiamento público e respetiva devolução aos particulares após o recebimento da subvenção estatal.

Muitos países também concedem financiamento público indireto. O tipo mais comum é o acesso gratuito ou subsidiado aos meios de comunicação social públicos em regra para efeitos de campanha ou propaganda. Também se encontram outros tipos de financiamento indireto como isenções fiscais para os partidos, candidatos ou para os doadores, acesso a edifícios públicos para eventos de campanha e correio subsidiado. Este tipo de financiamento é mais fácil de controlar e implica menos fundos públicos.

Também é relevante o tempo, antes ou depois da campanha eleitoral, em que os fundos são distribuídos.

Enquanto do lado dos rendimentos, em particular dos donativos, surgem muitos exemplos de proibições, como visto acima, já do lado das despesas, encontram-se poucas categorias proibidas.

A compra de votos e a utilização de recursos públicos para fins partidários, naturalmente excluindo o financiamento público regulado, são objeto de proibição em todo o lado. Além disso, há poucos exemplos de outros tipos de proibições que não sejam a proibição de publicidade na televisão e até por vezes de qualquer publicidade, mas apenas num número limitado de países.

Quanto às limitações das despesas, as mais usuais têm que ver com as campanhas eleitorais. Neste caso, o objetivo é reduzir as vantagens dos partidos políticos e candidatos com acesso a quantias elevadas de dinheiro. Há casos especiais de limitações aos candidatos que financiam as suas campanhas com o seu dinheiro pessoal ou aos dirigentes partidários que financiam grande parte do partido que dirigem, casos que surgem quer nas democracias emergentes quer nas democracias consolidadas. A utilização de fortuna pessoal não acarreta influência indevida sobre si próprio, podendo as vantagens daí advenientes ser limitadas quer através da extensão dos limites dos donativos aos donativos a si próprio quer impondo limites às despesas⁵³.

Questão diversa é a de saber se deve haver limites de despesas de campanha para terceiros, isto é, atores que não sejam partidos políticos nem sejam candidatos. A solução ideal seria proibir a participação em campanhas eleitorais de todos os que não estão a concorrer diretamente, mas, nalguns países, esta solução poderia ser encarada como uma violação de direitos humanos, em especial da liberdade de expressão (“freedom of speech”). A maior parte dos países não tem regras sobre as despesas de terceiros e os que têm ou impõem limites a essas

⁵² V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 24.

⁵³ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., pp. 25-26.

despesas ou exigem aos terceiros que apresentem relatórios financeiros (trata-se sobretudo das democracias anglófonas).

Para além da regulação em matéria de rendimentos e custos, importa conhecer as obrigações a que os atores políticos estão sujeitos, relevando, como elemento central de qualquer sistema regulatório, a obrigação de prestar informação sobre a angariação dos fundos e o destino dos gastos.

Esta obrigação de prestar informação tem em vista alcançar a transparência a que alude a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e facilitar a fiscalização do cumprimento da lei em especial das regras sobre proibições e limites de donativos e despesas. Em cerca de 90% dos países existe este tipo de exigência de prestação de informação normalmente aplicável aos partidos políticos e aos candidatos. A informação exigida varia, sendo que uma das questões mais controversas é a revelação da identidade dos doadores. Nalguns países, a identidade só deve ser revelada quando as contribuições ultrapassem determinado valor. Trata-se de conseguir um equilíbrio entre transparência e proteção da privacidade dos pequenos doadores.

Por outro lado, os relatórios de contas ou de prestação de informações nem sempre são acessíveis ao público, como sucede em cerca de 20% dos países. Há casos em que os relatórios são pesados e de difícil acesso, pelo que há quem defenda que devem estar disponíveis de uma forma simples e suscetível de pesquisa⁵⁴.

Quanto à frequência e data da entrega dos relatórios, há soluções de exigência de relatórios regulares para os partidos políticos e relatórios para as campanhas eleitorais, podendo estes abranger os rendimentos, os gastos, os bens e as dívidas.

A legislação pode ser formalmente bem elaborada, sendo que tal não é suficiente pois deve estar ainda dotada dos meios necessários para assegurar o respetivo cumprimento. Sabe-se que fiscalizar donativos é difícil, pois muitas vezes são entregues secretamente. A proibição de donativos de empresas pode parecer ser fácil de estatuir, mas já é bem mais complicado impedir que fundos de empresas sejam canalizados para os partidos políticos através de pessoas a título individual, como os administradores dessas empresas. De outra perspetiva, também se deve considerar o peso dos encargos que sobre os partidos recaem relativamente à aplicação da legislação podendo perguntar-se se a legislação é necessária quando os benefícios são mínimos e os encargos são elevados⁵⁵.

Não há quadro regulatório que garanta a efetiva aplicação das regras sobre financiamento político, pois os fatores políticos sempre desempenham um papel que se complica pela razão de que as leis sobre as obrigações financeiras dos partidos são adotadas pelos próprios.

⁵⁴ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 30.

⁵⁵ V. MAGNUS OHMAN, in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 31.

Assim, a aplicação efetiva exige que haja uma instituição pública com um mandato claro e dotada de independência, recursos e vontade suficientes para lidar com questões de financiamento político.

Tais instituições públicas às quais cabe aplicar a lei sobre financiamento político têm de dispor de um mandato e da capacidade necessários para desenvolver essa função de forma efetiva e atuar de modo independente e com convicção. Isto não quer dizer que devam aplicar sanções severas para pequenas infrações, mas que devem ter um compromisso positivo com os agentes políticos para que estes compreendam progressivamente a necessidade da fiscalização financeira e demonstrem a sua vontade de cumprir. Evidentemente que na aplicação de sanções se deve observar a proporcionalidade e o impacto no pluralismo político e no progresso democrático. As instituições também devem adotar boas práticas de regulamentação, com transparência, consistência e responsabilidade ⁵⁶.

Também deve haver um conjunto de sanções que sejam aplicáveis, proporcionais e dissuasivas para punir as violações. A aplicação de multas, perda de financiamento público e até pena de prisão podem revelar-se necessárias para evitar as violações mais graves à lei. Quase todos os países preveem regras sancionatórias, sendo a multa a mais comum.

Uma das mais importantes tarefas destas instituições é assegurar que a informação sobre rendimentos e gastos seja pública, permitindo à comunicação social que utilize essa informação. O papel da sociedade civil também deve ser valorizado nomeadamente através de campanhas de esclarecimento que possam contribuir para incrementar a transparência no financiamento político.

Outra organização não governamental à escala global que se ocupa da corrupção e também deste tema do financiamento político é a International Transparency que atua em mais de 100 países ⁵⁷.

A sua atividade tem incidido sobre a integridade política, sendo que para além dos temas do lobbying, dos conflitos de interesses, o tema do financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais também tem ocupado a sua agenda.

Em jeito conclusivo diria que não há que deixar cair esta matéria que já ganhou uma escala global.

⁵⁶ Como refere expressamente MAGNUS OHMAN, "The requirements for a political finance oversight body are similar to those for institutions that manage electoral processes as a whole. To sum up, these requirements include: • a clear and sufficient mandate that does not overlap with that of other institutions; • an inclusive and transparent process of leadership appointments that ensures independence from political pressures and public confidence; • secured tenure of leadership and staff to protect against undue influence; • sufficient funding and control over the budget of the institution; and the adoption of an attitude within the institution that it will act impartially and transparently and engage with the regulated community to (wherever possible) encourage compliance and prevent violations", in Handbook on Political Finance 2014 cit., p. 31.

⁵⁷ V. sítio na Internet, <https://www.transparency.org/en/about>.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE CRIMINAL COURT: THE RECIDIVISM ALGORITHM

(Conference Paper) ⁵⁸

*INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TRIBUNAL PENAL:
O ALGORITMO DA CONTINUIDADE CRIMINOSA*

(Notas de Conferencia)

Augusto Meireis⁵⁹

DOI: <https://doi.org/10.34628/yoyj-3c15>

Abstract: The period of the Jim Crow legislation, a segregationally one, was rooted with the so-called “*white supremacy*” legislation mainly of the Southern States of the US after the *Reconstruction*. It only ended with the beginning of the civil rights movement in the 1950s and 1960s. After the approval of laws separating the *colored* from the white people the U. S. Supreme Court, in an infamous decision, legitimized racial segregation. A denial of equality. Its 18th May 1896 and the Supreme Court decision of the *Plessy v. Ferguson* legitimized the “*separate but equal*” doctrine. The American decision that marked the end of the nineteenth century with the acceptance racial oppression and a recognized hierarchy based on the color of the skin with discriminatory consequences, our goal is to analyze the decision and the inheritance that, nowadays, still disseminates in racial inequities and ostracism with severe consequences, including, allegedly, in AI and “*racist*” algorithms.

Keywords: Racial Inequities; Equality; Human Rights; Human Dignity, AI.

⁵⁸ Paper presented at LSA 2022, in Lisbon. It should be understood as a research document and a work in progress aimed exclusively to serve as a guideline paper to an oral presentation at the conference. The paper was not revised, and the quotes and citations are merely indicative, with no formal revision, and some might be missing.

⁵⁹ Assistant Professor at the Faculty of Law, of Lusíada University at Porto; Researcher at CEJEA – Centre for Legal, Economic, and Environmental Studies of the said University.

Resumo: O período “Jim Crow”, com raiz em princípios da “supremacia branca” do Sul (dos EUA) depois da *Reconstruction*, só terminaria com o movimento dos direitos civis nas décadas de 50 e 60 do século XX. Foi a 18 de maio de 1896 que o Supremo Tribunal, na decisão que ficou conhecida como *Plessy vs. Ferguson*, legitimaria a doutrina, com repercussões além-fronteiras, “iguais mas separados”. A decisão americana que marcou o fim do século XIX com a aceitação da opressão e segregação racial e o reconhecimento de uma hierarquia entre as pessoas baseada na cor da pele com evidentes consequências discriminatórias, o nosso objetivo é analisar esta vil decisão e a pesada herança que, ainda hoje, se vai disseminando em discriminação racial e marginalização, com consequências nefastas, incluindo, alegadamente, na IA e em algoritmos “racistas”.

Palavras-chave: Discriminação Racial; Igualdade; Direitos Humanos; Dignidade Humana; IA.

Presentation:

Artificial intelligence (AI) tools are being used (including in the criminal justice system) and becoming increasingly popular. These digital tools are performing risk assessments, the likelihood of the defendants become a recidivist.

The use of these technologies is not peaceful, and some critic’s voices arise stating that machines are replacing the judges and we are relying on, secret, recidivism algorithm to predict the future of criminals.

The potential problems arise, including ethical and legal issues, but the question is if, for that reason, we should reject the AI tools in the justice system.

AI decisions, based on algorithms, develop information based in coded information and the machine can develop knowledge through the “machine learning” that enables the constructions of models from data, including a large number of variables. Parameters are set using data to find patterns and classify them.

Although, the many questions that these super-beings pose is rooted in the problematic between rationality and morality.

From a human rights point of view, regardless of the futuristic scenario described, AI already raises some questions and problems.

Recognizing AI can be used to help societies to overcome challenges and improve people’s lives, it has also a negative side and it can affect human rights, democracy, and the rule of law. (Teixeira & Almeida Araújo, to be published)

In the report of Thorbjørn Jagland to the 129th Session of the Committee of Ministers, new challenges to humankind were emphasised

«[...] for which Council of Europe legal standards are required. Three immediate challenges stand out: how to harness the benefits of the artificial intelligence revolution, while identifying and mitigating its threat to human rights, democracy and the rule of law»⁶⁰.

These risks are not a price to pay, and Michelle Bachelet calls for an urgent action to assess the risks, and concluded that «[...] *until compliance with human rights standards can be guaranteed, governments should implement a moratorium on the sale and transfer of surveillance technology.*» (Bachelet, 2021)

One of these scenarios is the use of AI in justice.

For instance, the use of “recidivism algorithms”.

In the process known as *Loomis v. In Wisconsin*, one defendant argued that the algorithm that calculated its likelihood of recurrence discriminated against defendants by gender and, furthermore, that the algorithm was commercial in nature and protected by intellectual property secrecy rules, which made it impossible for it to syndicate the decision of the machine.

The ProPublica analysed a commercial AI tool made by Northpointe, Inc. and tested whether the recidivism algorithm, the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), was predisposed against certain groups.

The analysis, reported on May 23, 2016 - “How we analysed the COMPAS Recidivism Algorithm” -, found that black defendants were more likely, than white ones, to be incorrectly judged to be at higher risk of re-offense (Larson, Mattu, Kirchner, & Angwin, 2016).

A significant case was discussed in the USA. In the case *Wisconsin v. Loomis*⁶¹ the Wisconsin Supreme Court analyzed for the first time the use of algorithms and the right to a due process⁶².

Loomis defense argued that, among others, it was not possible to know and understand how the algorithms used predicted the defendant’s recidivism since it was protected by IP rights. The defendant was unable to challenge the validity of the risk assessment produced by COMPAS tools. (Teixeira & Almeida Araújo, to be published)

Can we conclude that the algorithm is racist?

The report analysed that:

⁶⁰ Jagland, T. (2019, May 16-17). Ready for future challenges – reinforcing the Council of Europe. Helsinki. Retrieved February 14, 2020, from <https://rm.coe.int/168093af03>, p. 9.

⁶¹ State of Wisconsin v. Loomis. Retrieved March 21, 2022, from <https://casetext.com/pdf-email?slug=state-v-loomis-22>

⁶² Freeman, K. (2016, 12). Algorithmic Injustice: How The Wisconsin Supreme Court Failed To Protect Due Process Rights in State v. Loomis. *North Carolina Journal of Law & Technology*, 18, pp. 75-106, pp. 89-89.

“In forecasting who would re-offend, the algorithm made mistakes with black and white defendants at roughly the same rate but in very different ways.

The formula was particularly likely to falsely flag back defendants as future criminals, wrongly labelling them this way at almost twice the rate as white defendants.

White defendants were mislabelled as low risk more often than black defendants.” (Angwin, Larson, Mattu, & Kirchner, 2016)

Whatever our conclusion is, truth is that skin colour is, still, an issue and a source of discrimination.

“The matter of bias and discrimination is specifically addressed in the Executive Office of the President’s Report⁶³ that grouped the challenges to promote fairness and overcoming the discriminatory effects of data: challenges related to the data used as inputs and challenges related to the inner workings of the algorithm itself. In the first group, the report the decision to use certain data inputs can result in discriminatory outputs. Such as poorly selected data, incomplete, incorrect, or outdated data, selection bias, and unintentional perpetuation and promotion of historical biases”. (Teixeira & Almeida Araújo, to be published)

“On the second group, the report highlights the flaws related to poorly designed matching systems, personalization and recommendation services that narrow instead of expand user options, decision-making systems that assume correlation necessarily implies causation, data sets that lack information or disproportionately represent certain populations⁶⁴, and that algorithms encode discrimination and bias outputs related to the different participation in the digital ecosystem, «[...] *due to economic, linguistic, structural or socioeconomical barriers, among others.*»⁶⁵” (Teixeira & Almeida Araújo, to be published)

“It is undeniable that AI entrenches bias, and, for that reason, outputs can not only replicate but also amplify it and, even, be weaponized against certain groups of people. In another aspect, AI is mainly a product of the Global North and, if so, «*if privileged white men are designing the technology and business models of AI, how they design for the south?*»⁶⁶” (Teixeira & Almeida Araújo, to be published)

“Therefore, not only the amount of data is crucial to mitigate discriminatory outputs but also, guarantee a diversity of data to cover most spectrums. And, besides the substantial and diverse data, as stated by the AI Act, it is an obligation of States for *ex ante* test, manage risk and guarantee human oversight and,

⁶³ Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights from the Executive Office of the President, 2016.

⁶⁴ Executive Office of the President, 2016, p. 77.

⁶⁵ Ibid, p. 9.

⁶⁶ Arun, C. (2020). AI and the Global South: Designing for Other Worlds. In M. D. Dubber, F. Pasquale, & S. Das, *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (pp. 588-607). Oxford: Oxford University Press, p. 591.

also, to guarantee that AI systems maintain «[...] *its level of performance under any circumstances*»⁶⁷. These obligations will facilitate the respect of other fundamental rights by minimising the risk of erroneous or biased AI-assisted decisions.” (Teixeira & Almeida Araújo, to be published)

Promoting a fair and impartial AI embraces, as an imperative, diversity and inclusion.

Almost a century later the founding fathers of the UDHR assumed the formulation of *universal standards*, “(...) associated with equality and therefore intrinsic and inalienable to man, for the *simple* fact of being a man and, the fact that the concept of human dignity “anchors different worldviews”(...)” (Caulfield & Chapman, 2005). And, as the French Philosopher Maritain, commenting the drafting of the UDHR, stated that “(...) at one of the meetings of a UNESCO National Commission where Human Rights were being discussed, someone expressed astonishment that certain champions of violently opposed ideologies had agreed on a list of those rights. “Yes”, they said, “we agree about the rights but on the condition that no one asks us why”. The “why” is where the argument begins” (1948, p. I). Human dignity gained the formal strength of being the catalyst for the discussion and assumed as the guiding principle. The French Philosopher, Maritain commenting the drafting of the UDHR, stated that “(...) at one of the meetings of a UNESCO National Commission where Human Rights were being discussed, someone expressed astonishment that certain champions of violently opposed ideologies had agreed on a list of those rights. “Yes”, they said, “we agree about the rights but on the condition that no one asks us why”. The “why” is where the argument begins” (1948, p. I).

The racial identity discourse in *Plessy v. Ferguson* “(...) left tragically to later generations of Americans the problem of sorting out the source of identity in law” (Davis, 2004, p. 41).

But one thing is for sure, “(...) there is no superior, dominant, ruling class of citizens”, considering Justice Harlan words. And, as he said law (he referred specifically to the US Constitution, but we use his words in a broader context) is “(...) color-blind, and neither knows or tolerates classes among citizens” (*Plessy v. Ferguson*, 1896).

Even though the echo of these magnificent words, racial inequities are, still, a social and legal problem around the world and, like Duwell “(...) in line with Ricoeur or Lévinas, one could say: the phenomenology of moral experiences confronts us with the worth of the other, the other has the same authority over us that is the origin of the respect we owe to him” (Duwell, 2014, p. 43).

Funding: *This work is financed by national funds by FCT - Foundation for Science and Technology, under the Project UIDB/04053/2020*

⁶⁷ Ammanath, op. cit., p. 44, quoting the definition of «AI robustness» of The International Organization for Standardization.



THE PLURAL SYSTEM OF CA'S (CRIMINAL ASSOCIATIONS) REPRESSION IN PORTUGAL

(Conference Paper) ⁶⁸

O SISTEMA PLURAL DE REPRESSÃO DAS ASSOCIAÇÕES CRIMINOSAS EM PORTUGAL

(Notas de Conferência)

José Daniel Tavares⁶⁹

DOI: <https://doi.org/10.34628/ct67-3641>

1. International regime

The principal international agreement about organized crime is the United Nations Treaty against Transnational Organized Crime (UNTOC)⁷⁰, which expresses in its article 1.º the objective of “*promoting cooperation to prevent and combat more effectively transnational organized crime*” and defines in the article 2.º organized criminal group as a structured group of three or more people, with temporal stability and acting in concert, to commit one or more serious crimes and to obtain illicit profit.

2. Portuguese Criminal Association Punishment Regimes

In compliance with the article 5.º of the same Treaty in which the Parties accept the obligation of “*Criminalization of participation in an organized criminal group*”, the general regime for the punishment of members of the criminal asso-

⁶⁸ Paper presented at LSA 2022, in Lisbon.

⁶⁹ Lusíada University Oporto/Portugal.

⁷⁰ Palermo Convention of 2000.11.15. Published in Portugal in the Official Journal (D.R.) nº 79, of 2004.04.02

ciations is included in article 299.^o of the Portuguese Penal Code (PC) which is applicable to the members of Criminal Associations (henceforward CA's) that practice all the crimes, except those that are included in the special regimes.

There are also five special regimes that punish the members of criminal associations that commit the following crimes:

Trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances and money laundering originated therein (1), criminal responsibility for unsporting behavior (2) General regime of fiscal infractions (3) Entry, stay, exit and departure of foreigners from the national territory (4) Anti-terrorism legislation (5).

It means that the same law foresees the crimes and the criminal association that commit them.

The precepts aim to prevent and punish the increased danger to the society resulting from joint action, being the protected legal asset also the public peace.

Some norms that typify and punish individually the crimes are referred as examples, except drugs which regime has particular questions in relation to the punishment of CA's elements.

Note: Whether in the general regime or in the special ones, the individual punishment for participating in the criminal association is done in conjunction with the crimes committed, because the criminal association is an autonomous crime of those committed by the organization.

3. General Regime

As we saw, the general regime of punishment of the criminal group (CG), organization (CO) or association (CA) consists in the article 299.^o of Penal Code⁷¹, predicting the number 1 that the impulse and foundation of a CA to commit 1 or more crimes is punished between 1 and 5 years in prison, in the number 2 that the integration, support and assistance (providing weapons, ammunition, places of custody or meeting or recruitment of elements) is punished from 1 to 5 years in prison, in the number 3 the leadership or management punished between 2 to 8 years in prison, in number 4 the mitigations for members that help prevent continuation and contribute to the investigation. (attenuation or waiver of penalty, and in number 5 the minimum number of elements (3) and temporal stability.

⁷¹ The three expressions appear in the article 299.

4. Special regimes

4.1 Drug trafficking

4.1.1 International Regime

The aggravation of penalties complies with the provisions of article 3/5 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna, 1998.12.19⁷².

4.1.2 National regime: Decree Law N. ° 15/93, of 1/22

Individual punishment: As we announce before, in the case of drugs trafficking, the individual regime of punishment influences the punishment of the elements of the CA's taking place the application of the special and more grievous regime of the article 28 (only to the articles 21 and 22) and the general regime (article 28 of Penal Code) to the other crimes predicted in the Decree Law No. 15/93, of 1/22.

Article 21.° (Trafficking and other illicit activities) predicts (n.° 1) that who, without authorization cultivates, produces, manufactures, sells, distributes, buys, transports (...) or illicitly transfers plants or substances foreseen in the attached tables⁷³ is punished between 4 to 12 years in prison, while the n.° 2 predicts that who, contrary to authorization (ex: laboratory) proceeds to traffic, is punishable between 5 to 15 years in prison.

On the other hand, n. ° 3 predicts that who grows plants or manufacture substances other than the authorization title, is punished between 5 to 15 years in prison, while n. ° 4 predicts that who practices the above behaviors in relation to less aggressive substances is punished between 1 to 5 years in prison.

Article 22.° (Precursors) refers (n.° 1) that who manufactures, exports, imports, transports or distributes equipment, materials or psychotropic substances for use in the illicit cultivation, production or manufacture of narcotics is punished between 2 to 10 years in prison, while n. ° 2 predicts that who without authorization, possess equipment, materials or psychotropic substances, knowing that they are or will be used in the illicit cultivation, production or manufacture of narcotics, is punished between 1 to 5 years.

Otherwise, n. ° 3 predicts that who, being the holder of authorization uses it for illicit practices is punished, in the case of paragraph 1, between 3 to 12 years in prison, and in the case of paragraph 2 between 2 to 8 years in prison.

⁷² Published in Portugal in the Official Journal (D.R.) n° 205, of 1991.09.06.

⁷³ The tables contain the list of narcotics and they are regularly actualized.

Article 28.º (Criminal Association)

This is the more serious regime in terms of penalties and number of members, because only requires two members to punish them for the autonomous crime of CA.

This article punishes CA's for committing the crimes provided in articles 21.º and 22.º of this law.

In its n.º 1 it predicts that the promotion or foundation of a criminal association for drug trafficking is punished between 10 to 25 years in prison (1 to 5 in art 299 PC)

The n.º 2 refers that the collaboration, adherence, and support is punished between 5 to 15 years in prison (1 to 5 in art 299.º PC), otherwise the n.º 3 predicts that the leadership or management are punished between 15 to 25 years in prison (1 to 5 in art 299 PC).

The CA's destined to launder the advantages deriving from drug trafficking are punished (n.º 4) relatively to the numbers 1 and 3 of article 21.º between 2 to 10 years, and relatively to the number 2 between 1 to 8 years in prison (1 to 5 in art 299.º PC)

The article 31 refers the attenuation or waiver of penalty.

The punishment preview in n.º 1, 2, 3 of members of the CA is done in contest with articles 21.º and 22.º of D. L. 15/93, while the punishment preview in n.º 4 is done in contest with article 368-A (Laundering) of the Penal Code.

Other articles

Article 25.º (Less serious traffics) Is punished from 1 to 5 years in prison or, depending on the substance, up to 2 years in prison or a fine of up to 240 days. The law doesn't clarify what less serious traffics is.

Article 26.º (Trafficker-consumer) predicts that detention for personal use in an amount that does not exceed the average individual consumption for 5 days is punished up to 1 or 3 years in prison depending on the substances.

Article 27.º (Abuse of the exercise of the profession)

1. The penalties provided for in articles 21, paragraphs 2 and 4 and article 25 are applied to a doctor who prescribes, administers, or delivers substances or preparations indicated therein for non-therapeutic purpose.

2. The same penalties apply to the pharmacist or his substitute that sells or delivers those substances or preparations for non-therapeutic purposes.

3. (...)

4. The delivery of substances or preparations to a manifest mental patient or a minor, (...), is punishable with a prison sentence of up to 1 year or a fine of up

to 120 days. (see article 19^o - even for therapeutic purposes the delivery, in this cases has to be done to the educator)

5. The attempt is punishable

Article 29.^o (Incitement) Punishes the incitement to use drugs for up to 3 years or a money penalty, increased by 1/3 if the instigated is a minor or if the instigated is in the care of the instigator for treatment, education, surveillance or custody or even if the instigator is an employee in charge of prevention or treatment, physician or pharmacist, consumer treatment officer, prison, military unit or schools.

Article 30.^o (Traffic and consumption in public or meeting places)

1. Punishes the owner, manager, director or operator of a hotel, restaurant, cafe, tavern, club, house, or meeting, show or entertainment venue, who consents to their being used for trafficking or illicit use of plants, narcotic or psychotropic substances or preparations, between 1 to 8 years imprisonment.

2. Punish anyone who, having a building, fenced area or vehicle, consents that they are habitually used for the trafficking or illicit use of plants, narcotic or psychotropic substances from 1 to 5 years in prison.

Reflections about the system:

1. If the crimes provided for in article 27.^o are committed by 2 or more doctors and or with pharmacists in a criminal association, it is applied to the members of this criminal association the general regime (article 299.^o of the Penal Code) with much lighter penal frameworks than the one of article 28.^o of Decree Law n.º 15/93, of 1/22. Is this compatible with the responsibility of their special profession and gravity of their crimes? (We note once that article 28.^o only refers its application to articles 21.^o and 22.^o)

2. If the crimes of incitement (article 29.^o) are committed by several employees (more than three) in a criminal association, for instance, in the interior of an institution of prevention or treatment, prison, military unit or schools, it will be fair to the elements of this criminal association the punishment in accord with article 299.^o of the Penal Code, or would be justified the application of article 28.^o of Decree Law n.º 15/93, of 1/22, vis a vis to the gravity of the criminal conducts?

3. Would not the application of article 28.^o of D.L. n.º 15/93 also be justified, if the crimes provided for in article 30.^o are committed by two or more responsible in a criminal association?

4. What if, in association with a bank employee, they launder the advantages obtained from the previous behaviors of drugs traffics? Does article 299.^o of the Penal Code or article 28.^o, n.º 4 of D.L. n.º 15/93 apply?

5.1 Crimes against sporting truth-Law n° 50/2007, of 8/31

Article 11.º (Criminal association)

N.º 1 - Predicts that the promotion, foundation, participation and support of a CA for the practice of 1 or more crimes against sporting truth are punished between 1 to 5 years in prison.

N.º 2 - Predicts that the leadership or management are punished between 2 to 8 years in prison.

N.º 3 - Refers the minimum number of elements (three) and temporal stability

Individual punishment

Article 8.º - Passive corruption: The request or acceptance of an advantage to falsify the result of sports competition are punished between 1 to 8 years in prison.

Article 9.º-Active corruption: The gift or promise to a sports agent of an advantage to falsify the result of a sports competition is punished between 1 to 5 years in prison.

Article 10.º: The influence trafficking is punished between 1 to 5 years in prison.

Article 10-A. º: The undue offer or receipt of advantage is punished with imprisonment of up to 5 years or fine up to 600 days.

Article 11-A. º -Unsportsmanlike Betting made by a sports agent on the results of competitions in which he is involved is punished up to 3 years in prison and a fine of up to 600 days.

Note: Penalties equal to the general regime (Article 299.º PC) for promotion, foundation, participation, or support (1 to 5 years - n. º1) and for leadership and direction (2 to 8 years -n. º 2).

Article 13.º - Attenuation or waiver of penalty.

5.2 Tax crimes - Law n. º 15/2001, of 6/05-General regime for tax infringements

Article 89.º - (Criminal association)

N. º 1 - Predicts that the promotion and foundation of a CA for the practice of tax crimes are punished between 1 to 5 years in prison.

N. º 2 - Refers that the support, supply of weapons, storage sites or aid in the recruitment of new members are punished from 1 to 5 years in prison.

N.º 3 - Predicts that leadership or management is punished between 2 to 8 years in prison.

N.º 4 - Attenuation or waiver of penalty.

Note: Penalties equal to the general regime (Article 299.º PC) for promotion, foundation, participation, or support (1 to 5 years - n.º 1) and for leadership and direction (2 to 8 years - n.º 2).

Some examples of tax crimes. Individual punishment

Article 87.º - Tax Fraud: 1 to 8 years in prison, depending on the amount obtained, for improperly obtaining property attributions from the tax administration or the administration of social security through false declarations or false documentation.

Article 88.º - Credit frustration: 1 to 2 years in prison whoever makes disappear, dispose of, or encumber their assets with the intention of, in this way, frustrating the tax credit or debt to social security institutions.

Article 92.º - Smuggling: 1 to 4 years in prison whoever, among other behaviors, imports, or exports, introduces or removes goods from the national territory without presenting them to the customs offices (...) for payment of the customs tax benefit legally due.

Article 106.º - Fraud against social security: Up to 3 years (or from 1 to 5 years) in prison for the conduct of employers, self-employed, workers and beneficiaries aimed at non-liquidation, delivery or payment or the undue receipt of social security benefits, obtaining an illegitimate advantage of value greater than € 7,500.00.

5.3 Aid to illegal emigration - Law n.º 23/2007, of 7/04: Entry, stay, departure and removal of foreigners from the national territory (foreigners law)

Article 184.º: Illegal Immigration Aid Association

N.º 1 - Provides that the promotion and foundation of a CA to aid illegal immigration is punished between 1 to 6 years in prison.

N.º 2 - Refers that the integration, support and assistance in recruiting elements is punished between 1 to 6 years in prison.

N.º 3 - Provides that the leadership or management is punished between 2 to 8 years in prison.

N.º 4 - Refers that the attempt is punishable.

N.º 5 - Provides that the penalties applicable to legal persons (article 182.º, n.º 1) are fines or banning the exercise of the activity from 1 to 5 years.

Example of crimes using foreigners.

Article 183.º: Aid for illegal immigration

N.º 1 - Provides that who favor or facilitate the illegal entry or transit of foreign citizens in national territory is punished for up to 3 years in prison.

N.º 2 - Refers that who favor or facilitate the illegal entry, stay or transit of a foreign citizen in national territory, with a lucrative intention is punished from 1 to 5 years in prison.

N.º 3 - Provides that who practice the above conduct by transporting or keeping the foreign citizen in inhuman or degrading conditions or by endangering their life or causing serious harm to their physical integrity or death is punished between 2 to 8 years in prison.

N.º 4 - The attempt punishable

N.º 5 - The penalties applicable to legal persons (article 182.º, n.º 1): fine or ban on the exercise of the activity from 1 to 5 years.

4.5 Fight against terrorism: Law nº 52/2003, de 8 /22

Article 2.º, n.º 2: Terrorist Organizations

N.º 2-Provides that promotion and foundation of a terrorist organization, membership or support, namely through the provision of information or material means are punished between from 8 to 15 years in prison.

N.º 3 - Refers that leadership or management is punished between- 15 to 20 years in prison.

N.º 4 - Provides that the practice of preparatory acts for the constitution of a terrorist organization is punished from 1 to 8 years in prison.

N.º 5 - Attenuation or waiver of penalty.

Article 2.º, n.º 1: General characterization of terrorist organizations and its object and practices:

Group of two or more people acting in concert, aiming to undermine national integrity and independence, to alter, seriously affect the functioning of the State and its institutions (...) intimidate certain people, groups of people or the general population, through crimes *v. g.* against the life, physical integrity or liberty of persons.

Also, against the security of transport and communications, create danger through fire, explosion, release of radioactive substances or toxic or asphyxiating gases (...) contamination of food and water (...) make it impossible for communication routes, public service facilities to function (...) development of biological or chemical weapons, use of nuclear energy, firearms, explosives (...)

NOTE: This is not an exhaustive list.

Individual punishment

Article 4.º - Terrorism (Individual punishment) provides that who commit terrorist acts (art. 2.º, n.º 1), assistance in obtaining means and recruiting new elements, training, message dissemination is punished from 1 to 10 years in prison

Article 5.º - International terrorism 1 - Provides that who commits terrorist acts with the aim of harming the integrity or independence of a foreign State, altering or subverting the functioning of the institutions of that State or of a public international organization (...) or intimidating certain groups of people or populations is punished between 2 to 10 years in prison, or with the penalty corresponding to the crime committed, increased by 1/3 of its minimum and maximum limits, if equal to or greater than that.

Article 5-A.º - Financing of terrorism - The delivery, collection or possession of funds or goods and products or rights that can be transformed into funds, with the intention of using, or the possibility of being used, in the planning, preparation or commitment of terrorist acts are punished with imprisonment between 8 to 15 years.

2. (...)
3. Mitigating circumstances

6. General characterization of members of AC's and its will, stability, intents and purposes in every regimes:

The will formed within the criminal association is autonomous and superior to that of its members who are subordinated to the collective will being their willful misconduct aimed at consenting to the commitment of one or more crimes, without a limit of time.

The promoter or founder is who has the idea, and may not perform tasks, the member joins the ranks and is always available, the supporter provides assistance knowing that this is intended for the association. If he participates becomes a member, and the chief or leader directs the command structure and controls the process of forming the collective will, and he has the last word about every decisions.

7. Investigative and fight special powers of criminal associations

We begin referring the article 1.º, Alinea i) that classifies «Terrorism» as the conduct that are part of the crimes of terrorist organizations, international terrorism and financing of terrorism, and the article 1.º Alinea m), both of the

Portuguese Criminal Procedure Code, that considers, between others, the criminal association as a typical conduct of highly organized crime. This last norm has an operative nature, legitimizing the use of reinforced means to the prevention, investigation, and repression of the Criminal Associations.

In this sense, we have the the following regimes:

7.1 Law N.º 49/2008, of 8/27-Criminal Investigation Organization Act

This law predicts in its article 7.º, n.º 2, alinea g), the absolute reserve powers of the Judiciary Police in the investigation, among others, the criminal associations (regardless of the crimes committed) and, in the article 7.º, n.º 2, alinea l) the terrorist organizations, terrorism, international terrorism and terrorist financing.

Absolute reservation means that its investigation cannot be attributed by the Public Prosecutor's Office to other Criminal Police Bodies-OPC's [Public Security Police (PSP), Republican National Guard (GNR) and Foreigners and Borders Service (SEF)].

7.2 Law N.º 5/2002, of 01/11 "Special Regime for Collection of Evidence, Breach of Professional Secrecy and Loss of Property in Favor of the State"

Article 1.º -Scope of application (catalog)

1. This law establishes a special regime for the collection of evidence, breach of professional secrecy and loss of property in favor of the State, relating to the crimes of:

- a)
- b) Terrorism, terrorist organizations, international terrorism and terrorist financing;
- (...)
- j) Criminal association;

Applicable measures: Collection of evidences - placement of voice and image recording devices inside suspicious installations - (article 6.º), breach of professional secrecy of Banks and the Tax Administration server's (articles 2.º, 3.º, 4.º, 5.º), loss of assets in favor of the State. In case of conviction, the law assumes that the difference between the assets that the defendant would be expected to have originated by his legal activity and what he actually has become from criminal activity, being declared lost and surplus in favor of the State. (articles 7.º, 12-A.º).

This presumption can be rebutted, in whole or in part through proof of the lawful origin of the patrimony or part of it (article 9)

NOTE: These measures can only be used in the investigation of crimes included in the catalog (Article 1)

7.3 Law n.º 101/2001, of 8/25: Covert Actions for purposes of prevention and criminal investigation

Article 1.º - Object

1. (...)
2. Covert actions are those carried out by criminal investigation officials or by a third party acting under the control of the Judiciary Police for the prevention or repression of the crimes indicated in this law, with the concealment of their quality and identity.

Article 2.º - Scope of application (catalog)

Undercover actions are admissible in the context of the prevention and repression of the following crimes:

- a)
- f) Terrorist organizations, terrorism, international terrorism and terrorist financing;
- g)
- j) Criminal associations.

NOTE: These measures can only be used in the investigation of crimes included in the catalog (Article 2.º).

7.4 Law n.º 36/94, of 9/29: Measures fighting corruption and economic and financial crime

Article 1.º

1. Competences of the Public Prosecutor's Office and the Judiciary Police, through the National Anti-Corruption Unit, to carry out (...) preventive actions relating to the following crimes:

- a)
- (...)
- d) Economic and financial infractions committed in an organized manner, using computer technology.
- e) Economic and financial infractions of an international or transnational dimension

Conclusions

1. Face to the difficult problem of proving in court secret agreements of will to commit crimes done by the elements of a Criminal Association, we think that the Public Prosecutor's and the Criminal Policial Bodies should have at their disposal more and best means.

2. In addition to the considerations already made about the article 28.º of the Drug Law which restricts its application to the CA's to practice the crimes of the 21.º and 22.º articles, we think that the penalties of the general regime should be higher because the simple existence of a CA is a very serious danger to the society because they are constantly looking for new opportunities of crime, some of them are most profitable and more dangerous than drugs trafficking (ex: traffics of human beings, of human organs, of arms, of rare species (fauna and flora) sexual exploitation, in special of minors and children, corruption, sale of defective food and medical products, illegal and polluting collection and discharge of toxic waste) which, when practiced in CA, their members are punished with the light penalties of the article 299.º of Penal Code.

Otherwise, we have special regimes whose existence has no justification because their penalties and member's number are the same of the general regime like criminal responsibility for unsporting behavior and the general regime of fiscal infractions.

(RESUMO EM PORTUGUÊS)

1. Regime geral

Cumprindo o artigo 5.º *da* Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000 (UNTOC) que exprime o objetivo de "*promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional*", em Portugal o regime geral de punição dos elementos da associação criminosa consta do artigo 299.º do Código Penal com penas entre 1 e 8 anos de prisão, sendo 3 o número mínimo de elementos, atuando concertadamente e com estabilidade temporal para a prática de um ou mais crimes independentemente da pena mínima ou máxima aplicável.

O preceito visa prevenir e punir o perigo acrescido resultante da atuação conjunta e da subordinação dos membros à vontade criminosa coletiva.

A associação criminosa constitui um crime autónomo dos praticados pela organização, ocorrendo punição em concurso.

2. Regimes especiais

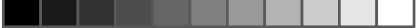
São punidas por leis especiais as associações criminosas para:

- O tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e branqueamento dos bens nele originados (Artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/01) com penas variáveis entre 5 e 25 anos de prisão, agravamento resultante da exigência do artigo 5.º, n.º 3 da Convenção de Viena de 1988 sobre este tráfico. Número mínimo de elementos: 2;
- Crimes contra a verdade desportiva (artigo 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31/8). Penas de 1 a 8 anos de prisão;

- Crimes tributários (artigo 89.º da Lei n.º 15/2001, de 05/6). Penas de 1 a 8 anos de prisão;
- Auxílio à imigração ilegal (artigo 184.º da Lei n.º 23/2007, de 04/7). Penas de 1 a 8 anos de prisão.
- Associações terroristas (Lei n.º 52/2003, de 22/8). Número mínimo de elementos: 2. Penas de prisão de 2 a 15 anos. Punição do financiamento.

3. Medidas especiais

Portugal dispõe de meios reforçados na prevenção, investigação e repressão, como a quebra de sigilo bancário e fiscal, o registo de voz e imagem e a perda de bens (Lei n.º 5/2002, de 11/01) e o recurso a ações encobertas (Lei n.º 101/2001, de 25/8).



THE EUROPEAN GREEN DEAL AND GENDER EQUALITY

(Conference Paper) ⁷⁴

O ACORDO VERDE EUROPEU E A IGUALDADE DE GÉNERO

(Notas de Conferência)

Cristina Aragão Seia⁷⁵

DOI: <https://doi.org/10.34628/2xt2-hr31>

Climate change and environmental degradation are an existential threat to Europe and the world.

Despite significant progress in the European Union over the last decades (till now what the European Union has achieved was modernizing the economy and reducing the emissions), pollution still heavily impacts our health and the environment.

Women and men working in sectors most dependent on the weather, such as agriculture and tourism, are likely to be most affected.

Women are increasingly being seen as more vulnerable than men to the effects of climate change because they represent the majority of the world's poor and are proportionally more dependent on threatened natural resources.

Women also tend to play a greater role than men in natural resource management – farming, planting, protecting, and caring for seedlings and small trees – and in ensuring nutrition and as care providers for their families. Otherwise, worldwide, women have less access than men to resources that would enhance their capacity to adapt to climate change, including land, credit, agricultural inputs, decision-making bodies, technology, and training services.

⁷⁴ Paper presented at LSA 2022, in Lisbon.

⁷⁵ Professor at the Faculty of Law, of Lusíada University at Porto/Portugal; Researcher at CEJEA – Centre for Legal, Economic, and Environmental Studies of the said University

For many women working in the informal sector and in small enterprises, lacking capital and access to credit and information, recovering from the devastating effects of environmental disasters is nearly impossible.

Furthermore, climate change is endangering efforts to realize the internationally agreed Millennium Development Goals (MDGs).

This said, the involvement and commitment of States, the public in general, all the stakeholders and even Scholars are crucial to tackle climate and environmental-related challenges that are this generation's defining task.

The European Green Deal (11.12.2019) is a response to these challenges and EU's plan to make Europe a sustainable economy.

It is a new growing strategy that aims to transform the European Union into a fair and prosperous society, with a modern, resource-efficient, and competitive economy where there are no net emissions of greenhouse gases by 2050 and where economic growth is decoupled from resource use, moving towards a clean and circular economy.

It also aims to protect, conserve, and enhance the European Union's natural capital and the protection of the health and the well-being of citizens from environmental-related risks and impacts.

This putting people first, in particular women, and paying attention to the regions, industries and workers who will face the greatest challenges.

To secure this, we must ensure that pollution is reduced to levels which are no longer expected to be harmful for health and natural ecosystems and respect the boundaries our planet can cope with.

This means that we need to rethink the way goods and services are designed, produced, delivered, performed and/or used and disposed of and include pollution prevention in all relevant European Union policies.

We could think this is not the right time to develop the Green Deal, as we are in the midst of a global pandemic, caused by Covid-19, which challenges seem to be endless. The social-economic consequences with the obligation of lockdown and standstill of most of the activities all around the world, side by side with climate change were and still are dramatic and affect the poorest and most marginalized segments of society, including vulnerable women. Covid-19 has increased the gender gap and exposed the weaknesses of an already fragile global economy.

From the point of view of policy responses, particularly the process of greening of the economy, climate change points to the need for a transition towards a sustainable economy.

The transition to climate neutrality will bring significant opportunities, such as potential for economic growth, for new business models and markets and technological development.

This implies the creation of green jobs. However, green jobs are expected to proliferate, to a large extent, in sectors with historically limited female representation, such as construction, manufacturing, engineering or energy.

So, it would be important that the shift towards green jobs includes a gender perspective. It's already known that women are more likely than men to end up with low-paying jobs and they are more likely to suffer from low levels of employment security and limited social mobility.

In fact, actually, there is a growing gap between men's and women's participation in the digital sector, in education, career and entrepreneurship. Women remain overrepresented in traditionally precarious sectors and part-time employment, the most severely affected by Covid-19 crisis.

Precariousness is likely to involve a dependency on the income of other persons, such as a partner or relatives; it usually involves lower wages, which in the case of women implies increasing the gender pay gap; it also has a long-term impact on women's pensions and contributes to increasing the gender pension gap, among other issues.

President of the European Commission, Ursula von der Leyen, said: *"Gender equality is a core principle of the European Union, but it is not yet a reality. In business, politics and society, we can only reach our full potential if we use all our talent and diversity. Using only half of the population, half of the ideas or half of the energy is not good enough"*.

So, now is time to think and plan a green and inclusive recovery of all the economic sectors and seize the opportunity to reduce their environmental and climate impact and promote the gender equality.

As global challenges of climate change and environmental degradation require a global response, the European Union will develop a stronger 'green deal diplomacy' focused on convincing and supporting others to take on their share of promoting more sustainable development and will work closely with Member States to mobilize all diplomatic channels both bilateral and multilateral.

These challenges have the potential to increase social and regional disparities in the EU as well as hamper the decarbonization efforts. Therefore, the ensuing deep modernization process will have to be managed well, ensuring a fair and socially acceptable transition for all in the spirit of inclusiveness and solidarity. The social consequences of the transition cannot be addressed post factum. Both the EU and the Member States must consider social implications from the outset and deploy all relevant policies to the fullest to mitigate this challenge so that nobody is left behind.

The public should remain a driving force of the green transition and should have the means to get more actively involved in developing and implementing new policies.

In short, economic recovery, global warming, climate change, gender equality and sustainability are among the main challenges of our time. But all we want is a healthy and equal planet for all.

CORRUPTION AND CONFISCATION

(Conference Paper) ⁷⁶

CORRUPÇÃO E CONFISCO

(Notas de Conferência)

Fernando Torrão⁷⁷

DOI: <https://doi.org/10.34628/mvee-t465>

1. The scourge of corruption

Corruption is an international scourge. It infiltrates the various sectors of societies and States, weakening democracies.

Its fight is faced with multiple obstacles. The “culture of corruption” stands out, i.e., systemic corruption, which is woven over time and masks acts of corruption. It disguises above all the “intended agreement” which characterizes the act of corruption. Framing the discourse in public corruption, the “culture of corruption” is warped by those who adopt behaviors which provide advantages to public officials. These officials who, sooner or later, end up facing, in the exercise of their obligations, the need to make decisions which will, directly or indirectly, involve the interests of those who provided the advantages. In this context, the public official tends to feel conditioned by the “favorable climate” that was provided to him and, consequently, to favor those who benefited him. There was, in fact, no express agreement (an “intended agreement”) of “exchange of favors”. And yet, this is the corruption which infiltrates States and corrupts

⁷⁶ Paper presented at LSA 2022, in Lisbon.

⁷⁷ PhD (Law) Professor at the Faculty of Law, of Lusíada University at Porto; Researcher at CEJEA - Centre for Legal, Economic, and Environmental Studies of the said University

Public Administration. This is the corruption which must be urgently fought. But it is also the most difficult to prove.

2. The classic legal type of corruption

If we think about the concrete act of corruption, what does it look like? Something like this: Mr. *A*, a businessman, meets with Mr. *B*, a civil servant, informing him that he is involved in a public tender for the construction of a hospital and is willing to pay a large sum of money to win such tender. Mr. *B* accepts the amount, committing to fulfil his “end”. This behavior by the official fits into a classic legal type of “passive corruption”, such as, for example, that which is provided for in Article 372.º, n.º 1, of the Portuguese Penal Code as amended by Decree-Law n.º 48/95, of 15 March: *«An official who by himself or through a third party, with his consent or ratification, requests or accepts for himself or a third party, without it being due, a patrimonial or non-pecuniary advantage, or the promise thereof, in exchange for an act or omission contrary to the duties of his office, shall be punished by a term of imprisonment of between 1 and 8 years».*

This legal type implies the existence of an intentional unlawful agreement, proof of which is very difficult or, in most cases, almost impossible. Because a concrete agreement along these lines usually takes place in a private place, accessible only to those involved. Because in future conversations about the agreement, verbal codes will be used which are capable of dispelling suspicion or, at least, of making it difficult to prove its true meaning. Because it is not written in a document that can later be used as body of proof of the act of corruption.

If, in short, a conviction for corruption in court implies proof of the intended illicit agreement, this is unlikely to be obtained.

3. Legislative changes in Portugal

3.1. Within the scope of the legal types of crime

Various international legal instruments of which we would highlight the *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (1997), the *Convention on the fight against corruption involving EU officials or officials of EU countries* (1997) or the *United Nations Convention against Corruption* (2003) have imposed obligations on States in order to implement and articulate measures capable of overcoming these difficulties. In this context, the amendments introduced in Portugal by Law n.º 32/2010 of 2 September stand out, namely the establishment of a new legal type of crime: “*undue receipt of advantage*” (article 372.º of the Penal Code). By simply criminalizing the act of an official of requesting or accepting (by him/herself or through a third

party, with his/her consent or ratification), in the exercise of his/her functions or because of them, an undue advantage, whether financial or non-financial, this type of law is broadly foreseen in line with international guidelines. The legal type waives the “intentional illicit agreement” between corruptor and corrupted, with the legislator anticipating the penal protection when assuming the imminent abstract danger of the counterparts to the request, acceptance or receipt of undue advantage. This is a legal type that aims to avoid the creation of goodwill in relation to future decisions. It aims, therefore, to avoid the “culture of corruption”, thus overcoming evidentiary difficulties. If the legal type provided for in article 372.º, n.º 1, of the Penal Code, criminalizes the official for unduly receiving an advantage (or even merely requesting or accepting such an advantage), n.º 2 criminalizes, *mutatis mutandis*, the act of promising payment, or the act of making the payment, undue for the official.

3.2. In the context of legal consequences. The relevance of extended confiscation.

Measures have also been implemented regarding the legal consequences of crimes of corruption, aimed above all at facilitating the corresponding proof of the facts and the loss of illicit advantages.

As for the proof of the facts, in the reform of the Criminal Code by Decree-Law n.º 48/1995, of 15 March, a legal system that we can describe as a “premier right” emerged, provided for in article 372.º, n.º 4, of the Penal Code. This provision allows for the possibility that the penalty for passive corruption for unlawful acts may be specially mitigated if the agent (the official) concretely assists in the collection of evidence decisive in the identification or capture of other persons responsible. This possibility of mitigating the penalty that resulted from this became mandatory after the entry into force of Law n.º 108/2001, of 28 November.

Criminal procedural law, in the context of the Roman-Germanic legal family (as opposed to the criminal procedural law of Anglo-Saxon countries), is not governed by principles that give the Prosecutor the opportunity, at the investigation stage, to guarantee the accused a penalty reduction. In any case, the implementation of the obligation to apply this mitigation (by Law no. 108/2001, of 28 November) allows the Prosecutor to promise to mitigate the penalty if the collaboration effectively occurs, since the Court is obliged to apply it. This encourages collaboration at an early stage of the criminal process, with the advantages that this entails.

On the other hand, it must be taken into account that corruption is a crime in which the perpetrator aims at an illicit profit. And that the fight against profitable crimes should be guided, above all, by the maxim that “crime does not pay”. That there are more problems than benefits in committing a crime. The

dissuasive strategy must be, then, to demonstrate that the criminal does not get rich through criminal activity. Or to prevent the criminal, especially after conviction, from maintaining a luxurious way of life provided by the criminal activity.

In this context, Law n.º 5/2002 of 11 January (last updated by Law No. 99-A/2021 of 31 December) implemented a new extended confiscation regime.

This is not a legal regime exclusive to the crime of corruption. It falls within the scope of the aforementioned Law (Law n.º 5/2002 of 11 January) which establishes measures to combat organized and economic-financial crime, namely white-collar crime.

The extended confiscation institute is one of those measures that applies to a list of crimes provided in article 1 of this law, the so-called “catalogue crimes” of organized crime, among which are “undue receipt of advantage” and “active and passive corruption” (article 1.º, n.º 1, paragraphs e) and f)).

In the context of the international legal framework, inspired by the principles of the 1990 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime- implemented in the European Union since 1998)-, the Portuguese legal system (like others in the European context) has created a system of extended confiscation. This is a procedural incident, inserted into criminal proceedings for a “catalogue crime” (such as corruption), which makes it possible to investigate the existence of the defendant’s “incongruous assets”, i.e., those resulting from the difference between the total value of their assets and the value corresponding to their (justified) lawful income. In the event of a criminal conviction for a catalogue crime (for example, for a crime of corruption), any incongruous assets are presumed to have arisen from criminal activity and are then confiscated.

This power to apply extended confiscation is legitimized by the presumption that the incongruent assets stem from criminal activity.

This presumption has generated, as might be expected, doctrinal and jurisprudential controversy as to its conformity with constitutional and international principles, namely the principle of presumption of innocence.

At international level, the European Court of Human Rights (ECtHR) was asked to rule on the compatibility of extended confiscation (provided for in the Drug Trafficking Act of 1994) with the principle of presumption of innocence (enshrined in Article 6(2) of the ECHR - European Convention on Human Rights). The ECtHR, in its Judgement of 5 July 2001 - in the famous *Phillips v. United Kingdom* case -, ruled that extended confiscation does not result from a new indictment or a new conviction. Rather, it consists of an operation analogous to that of determining the amount of a fine or a prison sentence to be imposed on a person who has already been convicted.

The Portuguese Constitutional Court has also raised the question of whether extended confiscation complies with constitutional principles, particularly

the principle of presumption of innocence as enshrined in article 32.º, n.º 2, of the Constitution of the Portuguese Republic (CPR). In essence, the Constitutional Court ruled that it is not a question of determining any criminal liability of the defendant, but rather of determining the value of the incongruity of assets that leads to the presumption of their illicit origin. Without specifying the legal nature of the institute (although it seems to consider it to be of an administrative legal nature), the Constitutional Court stated that the conviction for a catalogue crime is configured as a mere presupposition of an action to investigate the illicit acquisition of property. In this investigation procedure the rules of presumption of innocence, the right to silence or the accusatory structure of criminal proceedings (other principles whose violation was also raised) no longer apply, and the understanding prevails that the legal presumption established in Law no. 5/2002 of 11 January, does not violate these constitutional principles.

On this issue, within the reasoning of the ECtHR and especially of Professor Silva Dias (who considers extended confiscation to be an accessory consequence of the penalty), and considering that in economic-financial crimes (that aim at profit) in the context of general positive prevention the adage that “crime does not pay” (or should not pay) has special relevance, it seems to me that extended confiscation should be considered an accessory penalty similar to a fine, the calculation of which is defined with reference to the defendant’s assets (as is relevant in fines), even though in this case (of extended confiscation) it specifically refers to the defendant’s incongruous (unjustified) assets.

It is not, in this context, a confiscation of the proceedings of a crime but a true accessory penalty that guarantees the confidence-building effect for citizens that, literally, “crime does not pay”. A penalty which respects the principle of guilt, as it is established as an accessory to the main penalty (like any other accessory penalty) and has a method of calculation related to the assets of the defendant, namely the unjustified assets obtained during the five-year period prior, precisely, to the constitution of that person as a defendant under Portuguese law.

Other models of confiscation exist with the same objective of combating illicit profit, namely confiscation not based on conviction: the so-called confiscation *in rem*.

But this is a topic which shall remain, who knows, for a future opportunity.

(RESUMO EM PORTUGUÊS)

Sabe-se que a corrupção é um flagelo de cariz global. Que se contextualiza no fenómeno da criminalidade organizada e se infiltra em diversos sectores das sociedades e dos Estados, fragilizando os correspondentes regimes políticos e as estruturas económicas e sociais. As medidas legislativas que se vão implementando, em vista da diminuição do flagelo, suscitam, normalmente, dúvidas nos

diversos Estados, nomeadamente nos Estados democráticos. Dúvidas que tanto respeitam à sua eficácia, quanto à sua conformidade com os direitos, liberdades e garantias, inerentes ao princípio do Estado de Direito democrático e liberal.

No contexto Internacional e Europeu, no âmbito da criminalidade organizada e económico-financeira, Portugal tem implementado, nos últimos anos, medidas de combate à corrupção, das quais se destacam a simplificação de tipos legais de crime (ligados à corrupção), de modo a facilitar, em termos probatórios, a verificação dos respetivos pressupostos, a possibilidade de recurso a colaboradores (premiados?) na tarefa de recolha de prova que se revele decisiva para identificação e captura de (outros) responsáveis ou a aplicação de medidas sancionatórias dissuasoras que extravasam as consequências penais tradicionais, como é o caso do “confisco ampliado” (baseado em condenação) e correspondente gestão do lucro ilícito (injustificado).

Será possível conciliar estas medidas com os inalienáveis princípios da legalidade, da proporcionalidade, da presunção de inocência, do julgamento justo e equitativo (cuja principal dimensão se expressa no *nemo tenetur se ipsum accusare*, englobando o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova), com a estrutura acusatória do processo penal, com a tutela do direito de propriedade (património)? Será, ainda, tempo de avançar para outras medidas das quais se destaca o confisco não baseado em condenação ou, mais especificamente, o confisco *in rem*?

ECHR LAST DECADE CASE LAW ON DISCRIMINATION OF WOMAN

(Conference Paper)⁷⁸

*JURISPRUDÊNCIA DA ÚLTIMA DÉCADA
SOBRE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO TEDH
(Notas de Conferência)*

Rui Marrana⁷⁹

DOI: <https://doi.org/10.34628/58ts-xj29>

Introduction

Looking at ECHR's last decade case law on discrimination of women, one can be astonished with its very little number. In fact, of all the ECHR selection of its key cases, only two are directly related to discrimination of women.

It looks like, in this point, there is some true on that saying that human rights are protected and enforced where they are less needed...

Facing such a short number of key cases, another one was added. It is not exactly about women rights - in fact it's about men's rights (on the difference in treatment between male and female military personnel, regarding rights to parental leave). Anyway, you will see that this case states fundamental doctrine on difference in treatment on grounds of sex.

Look into the non-key cases of the last three years, it was possible to find another two cases that came up with interesting conclusions.

⁷⁸ Paper presented at LSA 2022, in Lisbon.

⁷⁹ PhD (Law) Professor at the Faculty of Law, of Lusíada University at Porto; Researcher at CEJEA - Centre for Legal, Economic, and Environmental Studies of the said University

Key cases of the last decade

1. *Jurčić v. Croatia* - 54711/15 - Judgment February 4th, 2021 [Section I]

This first case is about unjustified, direct sex discrimination by refusing employment-related benefit to pregnant woman who underwent *in vitro* fertilization shortly before employment.

The applicant entered into an employment contract ten days after she had undergone *in vitro* fertilization. When she subsequently went on sick leave (on account of pregnancy-related complications), relevant domestic authority re-examined her health insurance status and concluded that, by signing the contract shortly after *in vitro* fertilization, the applicant had only sought to obtain pecuniary advantages related to employment status and that her employment was therefore fictitious.

The applicant had been refused the status of an insured employee on grounds of employment which had been declared fictitious due to her pregnancy. Such a decision could only be adopted in respect of women. It therefore had constituted a difference in treatment on grounds of sex.

The Government had argued that the decision to revoke the applicant's insurance status had pursued the legitimate aim of protecting public resources from fraudulent use, and the overall stability of the healthcare system. The Court stressed that a woman's pregnancy as such could not be considered fraudulent behavior, and that the financial obligations imposed on the State during a woman's pregnancy by themselves could not constitute sufficiently weighty reasons to justify difference in treatment on the basis of sex.

Even assuming that the Court had been generally prepared to accept the aim of the protection of public funds as legitimate, it had to be established whether the impugned measure had been necessary to achieve it, taking into account the narrow margin of appreciation afforded to States in cases where difference in treatment was based on sex.

The fact that the applicant had entered into new employment such a short time before seeking the employment-related benefit in question, was the reason why the national authority had initiated review of the applicant's health insurance status, under suspicion that her employment agreement had been concluded only for her to be able to claim that benefit. Such review in practice had frequently targeted pregnant women, and women who had concluded an employment contract at an advanced stage of their pregnancies. Such an approach was considered as generally problematic.

The authorities had concluded that the applicant had been unfit to work on the date of concluding her contract because her doctor had recommended her rest, following her *in vitro* fertilization, ten days before. In particular,

they had relied on the fact that the applicant had been expected to work at the employer's headquarters, located far from her place of residence, and that travel in her condition might reduce her chances of a favorable outcome of the fertilization.

By concluding that, due to the *in vitro* fertilization, the applicant had been medically unfit to take up the employment in question, the domestic authorities had implied that she had to refrain from doing so until her pregnancy had been confirmed. That conclusion had been in direct contravention to both domestic and international law.

The foregoing was sufficient to conclude that the applicant had been discriminated against on the basis of her sex.

The Court pointed out some additional factors:

- The applicant had regularly paid contributions to the compulsory health insurance scheme during her fourteen years of prior work experience. It could not thus be argued that she had failed to contribute to the insurance fund;
- When entering into her employment, the applicant had had no way of knowing whether the *in vitro* fertilization procedure had been successful or whether it would result in her becoming pregnant. Moreover, she could not have known that her future pregnancy, if any, would have resulted in complications which would have required her to be issued sick leave for a prolonged period of time;
- When reviewing the applicant's case, the authorities had failed to provide any explanation of how she could have consciously concluded a fraudulent employment contract, without even knowing whether she would actually become pregnant, particularly bearing in mind that she had not been under any legal obligation to report the fact that she had undergone the *in vitro* fertilization procedure or that she might be pregnant while concluding the contract.
- The authorities had reached their conclusion in the applicant's case without assessing whether she had ever actually taken up her duties and started performing her work assignments for the employer; nor had they sought to establish whether the *in vitro* fertilization procedure she had undergone had necessitated her absence from work due to health reasons.
- Finally, the Court expressed concern about the overtones of the domestic authorities' conclusion, which had implied that women should not work or seek employment during pregnancy or possibility thereof. Gender stereotyping of that sort presented a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality.

So, a refusal to employ or recognize an employment-related benefit to a pregnant woman based on her pregnancy amounted to direct discrimination on grounds of sex, which could not be justified by the financial interests of the State. The Court also noted a similar approach in the case-law of the Court of Justice of the European Union and in other relevant international standards. Accordingly, the difference in treatment to which the applicant, as a woman who had become pregnant through in vitro fertilization, had been subjected, had not been objectively justified or necessary.

2. *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* - 17484/15 - Judgment - July 25, 2017 [Section IV]

The second key case is about the reduction in damages award on grounds of sex and age of claimant.

The applicant, a Portuguese woman who had been diagnosed with a gynecological disease, brought a civil action against a hospital for clinical negligence following an operation for her condition. The Administrative Court ruled in her favor and awarded her compensation. On appeal the Supreme Administrative Court upheld the first-instance judgment but reduced the amount of compensation due to the damages.

The applicant complained that the Supreme Administrative Court's judgment in her case had discriminated against her on the grounds of her sex and age. She complained, in particular, about the reasons given by the court for reducing the award and about the fact that it had disregarded the importance of a sex life for her as a woman.

References to traditions, general assumptions, or prevailing social attitudes in a particular country were insufficient justification for a difference in treatment on the grounds of sex. The issue with stereotyping of a certain group in society lay in the fact that it prohibited the individualized evaluation of their capacity and needs.

The Supreme Administrative Court considered that the applicant's physical and mental pain had been aggravated by the operation. It relied on the fact that the applicant was *already fifty years old at the time of the surgery and had two children, that is, an age when sexuality is not as important as in younger years, its significance diminishing with age* and the fact that she *probably only needed to take care of her husband*, considering the age of her children.

The question at issue was not considerations of age or sex as such, but rather the assumption that sexuality was not as important for a fifty-year old woman and mother of two children as for someone of a younger age. That assumption reflected a traditional idea of female sexuality as being essentially linked to child-bearing purposes and thus ignored its physical and psychological relevance for the self-fulfillment of women as people. Apart from being judgmental, it omitted

to take into consideration other dimensions of women's sexuality in the concrete case of the applicant. The Supreme Administrative Court had, in other words, made a general assumption without attempting to look at its validity in the concrete case.

The wording of the Supreme Administrative Court's judgment could not be regarded as an unfortunate turn of phrase. The applicant's age and sex appeared to have been decisive factors in the final decision, introducing a difference in treatment based on those grounds.

The Court noted the contrast between the applicant's case and the approach that had been taken by the Supreme Court of Justice in two judgments of 2008 and 2014 in which two male patients aged 55 and 59 respectively had alleged medical malpractice. In those judgments the Supreme Court of Justice found that the fact that the men could no longer have normal sexual relations had affected their self-esteem and resulted in a "tremendous shock" and "strong mental shock". In assessing the quantum of damages, it took into consideration the fact that the men could not have sexual relations and the effect that had had on them, regardless of their age, of whether or not the plaintiffs already had children, or of any other factors.

3. *Constantin Markin v. Russia* – 30078/06 – Judgement 22 March 22, 2012 [Grand Chamber]

In this third and last key case, the applicant complained of the domestic authorities' refusal to grant him parental leave because he belonged to the male sex.

On 27 March 2004 he signed a military service contract as a radio intelligence operator.

On 30 September 2005 the applicant's wife gave birth to their third child. On the same day a court granted her petition for divorce, on which both agreed their three children would live with the applicant.

On 11 October 2005 the applicant asked the head of his military unit for three years' parental leave. His request was rejected because three years' parental leave could be granted only to female military personnel. The applicant challenged the decision. The last internal court to decide (the Russian constitutional court) stated, *inter alia* that *the law in force does not give a serviceman the right to three years' parental leave. Accordingly, servicemen under contract are prohibited from combining the performance of their military duties with parental leave.*

The ECHR took due notice of the article 5 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, where it imposes *all appropriate measures to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, and to ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a*

social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children.

It also reminded article 3 § 1 of ILO Convention No. 156 concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers, the European Social Charter (ratified by the Russian Federation in 2009) that stated that opposes gender stereotypes and insists that *the balanced participation of women and men in professional/public life and in private/family life is, therefore, a key area for gender equality and is essential for the development of society.*

Turning then to the special military context of the case, the Chamber reiterated that a system of military discipline, by its very nature, implied the possibility of placing limitations on certain of the rights and freedoms of the members of the armed forces which could not be imposed on civilians. Thus, a wide margin of appreciation was afforded to States wishing to impose restrictions on the rights of military personnel. The States, however, had a narrower margin of appreciation in the sphere of family and private life.

Meanwhile, the Chamber was not convinced by the Government's argument that the extension of the parental leave entitlement to servicemen, where servicewomen already had such entitlement, would have a negative effect on the fighting power and operational effectiveness of the armed forces.

The Court further reiterates that the advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would have to be put forward before such a difference of treatment could be regarded as compatible with the Convention. In particular, references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex. For example, States are prevented from imposing traditions that derive from the man's primordial role and the woman's secondary role in the family.

Being a serviceman, the applicant had no statutory right to three years' parental leave, while servicewomen were entitled to such leave. The Court had therefore to consider whether the applicant was in an analogous situation to servicewomen. In so far as parental leave and parental leave allowances are concerned, men are in an analogous situation to women.

The special armed forces context of the present case were, nevertheless, in due attention. Military service is intimately connected with the nation's security and is, accordingly, central to the State's vital interests. A wide margin of appreciation is afforded to the States in matters relating to national security in general and the armed forces in particular. In fact, given the importance of the army for the protection of national security, certain restrictions on the entitlement to parental leave may be justifiable, provided they are not discriminatory.

The Court concluded that the reference to the traditional distribution of gender roles in society cannot justify the exclusion of men, including servicemen,

from the entitlement to parental leave. It agreed that gender stereotypes, such as the perception of women as primary child-carers and men as primary breadwinners, cannot, by themselves, be considered to amount to sufficient justification for a difference in treatment, any more than similar stereotypes based on race, origin, color, or sexual orientation.

Non key cases

4. *Tkheldize v. Georgia* - 33056/17 - Judgment July 8th, 2021 [Section V]

This first [non key] case is about failure to take preventive action to protect domestic violence victim and to investigate police inaction, against backdrop of systemic failures and gender-based discrimination.

The applicant's daughter was domestically abused by her partner and eventually killed by his hand, in a murder-suicide. Afterwards, the applicant filed several unsuccessful and/or unanswered criminal complaints, requesting that an investigation be opened into the alleged negligence of police officers who had dealt with her daughter's domestic violence.

Remarkably, the Court was satisfied that there existed an adequate legislative and administrative framework designed to combat domestic violence against women in Georgia, in general. It was rather the manner of implementation of this deterrent mechanism by the law-enforcement authorities, that is to say the issue of compliance with the duty to take preventive operational measures to protect the applicant's life, which raised serious concerns in this case.

Within a very tight frame of some six months, the victim and the applicant had requested help from the police on at least *eleven occasions*. They had always clearly conveyed the level of violence of the victim's husband behavior. Moreover, the police knew that he had suffered from pathological jealousy and had other mental instabilities, had difficulties in managing his anger and had a criminal record and history of drug and alcohol abuse. The police had also been aware that the victim had carried various defense weapons with her all the time and experienced extreme fear and anxiety at seeing her partner approaching either her flat or workplace. Furthermore, the violence to which the victim had been subjected could not be seen as individual and separate episodes but had instead to be considered a lasting situation.

Thus, the police had known or certainly ought to have known of the real and immediate threat to the safety of the applicant's daughter.

As regards the requirement of special diligence, the Court discerned several major failings on the part of the law-enforcement authorities. Firstly, there were indications of inaccurate or incomplete evidence-gathering by po-

lice officers. There was a constant underestimation of the level of violence actually committed, with deleterious effects on opening a criminal investigation and even discouraging victims of domestic abuse from reporting an abusive family member to the authorities in the future. It was also significant in that connection that, when recording the incidents, the police officers had not attached sufficient importance to potential trigger factors for the violence and had failed to take into account the victim's own perceptions of danger, downgrading the classification of an incident to a "minor family altercation".

Furthermore, whilst the domestic legislative framework had provided for various temporary restrictive measures in respect of the abuser, the relevant domestic authorities had not resorted to them at all. What was more, neither the applicant nor her daughter had been advised by the police of their procedural rights and of the various legislative and administrative measures of protection available to them.

The inactivity of the domestic law-enforcement authorities had been reported to be a major systemic problem affecting society in the country at the material time.

Therefore, all in all, there had been a persistent failure to take steps that could have had a real prospect of altering the tragic outcome or mitigating the harm and the police inaction in the present case could be considered a systemic failure.

5. *Yocheva and Ganeva v. Bulgaria* - 18592/15 and 43863/15 - Judgment May 11th, 2021 [Section IV]

This last case is about discriminatory denial of surviving parent allowance to single mother of minor children of unknown father.

The first applicant, a single mother whose minor children had not been recognized by their father, was refused a monthly allowance provided to families in which children had one living parent only. She unsuccessfully brought judicial review proceedings for discrimination before the domestic courts.

On whether the first applicant was in a relevantly similar or analogous situation to the groups who were entitled to the benefit – The Court replied in the affirmative.

First, *vis-à-vis* fathers of children whose mothers had died, as with parental leave allowances, men and women were in an analogous situation with regard to family allowances which were meant to support families with children with one surviving parent.

Second, the first applicant was in "a relevantly similar situation" *vis-à-vis* widows whose children had been born in wedlock and single mothers whose children's fathers had recognized them before dying, taking into account that the benefit scheme aimed to provide ongoing monthly support for families with

children, who for a variety of reasons were in a vulnerable position, and the role of these groups of mothers in acting as their children's sole carer.

On whether there was a difference in treatment the court noticed that the first applicant had been refused the allowance as she could not produce documents certifying that the father had died and the children were his legal heirs, unlike the other groups of families which could claim the allowance, being able to produce those documents as their children had established legal ties to both parents. There had thus been a difference in treatment between the first applicant's family and the other groups.

On whether the difference in treatment was based on a 'status' the court noticed that the first applicant had been treated differently on two grounds:

- (i) her sex: as maternity was determined by the act of birth, in the vast majority of cases it was only children's paternity that could be unknown; as a mother of children with an unknown father, she could not provide the required documents under the law, while a single father whose children's mother had died would normally be able to do so, and
- (ii) her family status, that is, a single mother, with the identity of her children's father not having been established. This had resulted from the application of the relevant domestic law covering only families with one surviving parent and as confirmed and clarified by the Constitutional Court, requiring one of the parents to have died.

On whether the difference in treatment was objectively justified the Court held that the government had not provided a reasonable or objective justification for excluding the first applicant's family from receiving the benefit. It took into account, *inter alia*, the following:

- The difference in treatment which emanated from the applicable law itself was based on a very traditional, outdated and stereotypical understanding of a family. This could not amount to sufficient justification for differential treatment, any more than similar stereotypes based on race, sex, color or sexual orientation.
- Making receipt of the allowance conditional on the first applicant's disclosure of intimate information and/or taking legal steps for paternal recognition – all of which fell squarely in her private life sphere and which she did not wish to do – amounted to making the full exercise of her right to respect for her family life conditional upon her relinquishing the exercise of her right to respect for her social and personal identity and psychological integrity.

- Children whose father was unknown, in objective terms, had been deprived of the care and protection of one of their parents in the same way as children one of whose parents had died. It could not be said that they required less care and protection than the latter or that they were in a better position, without accounting for a whole range of surrounding and relevant other circumstances which inevitably varied greatly from case to case.
- Neither the lack of a common standard in social benefit systems nor the wide margin of appreciation in the sphere of economic or social policy absolved States which adopted family allowance schemes from the obligation to grant such benefits without discrimination or justify the adoption of discriminatory laws or practices.

In view of all the above, the Court concluded that the first applicant had suffered discrimination on the grounds of both her family status and her sex.

Conclusion

The five cases we've seen do show where we Europeans are in matter of women discrimination. One can easily agree that a long way has been done. Nevertheless, looking at individual situations, one can still find traditional stereotypes that (mostly) harm women. And that seems to be the main origin of gender discrimination.

(RESUMO EM PORTUGUÊS)

Resumo: O presente texto corresponde, com ligeiros ajustamentos formais, à comunicação feita na sessão sobre "Power, Alienation and Human Rights" do *Global Meeting on Law and Society program: "Rage, Reckoning & Remedy"* (2022).

Nele se analisam os três acórdãos-chave do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, da última década, sobre a discriminação de género, aos quais se acrescentaram dois outros, que, muito embora não tenham merecido essa classificação pelo tribunal, pareceram merecer essa atenção.

Essa análise revela o relativo nível de pormenor das questões levantadas.

No primeiro caso, aborda-se a questão da discriminação de uma grávida - na sequência de uma fertilização *in vitro* - a quem é retirado o seguro de saúde por se considerar que o emprego teria sido obtido apenas para conseguir acesso ao dito seguro. No segundo caso, analisam-se os fundamentos da redução de uma indemnização por negligência médica em relação que afetou a sua condição ginecológica (em que o tribunal entendeu desvalorizar o dano face à idade da paciente). No terceiro caso analisa-se o pedido de um soldado russo, que ficou com filhos a cargo, sendo-lhe, todavia, negado o direito a dispensa por maternidade.

Entrando nos acórdãos não considerados marcantes pelo próprio TEDH, o primeiro incide sobre uma situação de violência doméstica em que as autoridades da Geórgia, na aplicação do regime jurídico vigente (que, enquanto tal, não merece reparos), desconsideram de forma grave os indícios e as queixas, vindo a vítima a morrer em consequência dessa violência. No último caso, analisa-se a recusa das autoridades búlgaras em concederem um subsídio destinado a famílias monoparentais, face ao não reconhecimento da paternidade por parte do pai.

Palavras-chave: Direitos das mulheres; Discriminação.

